

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FLOR DEIFILIA ZÚÑIGA MALDONADO

**EFICÁCIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES: A
IMPORTÂNCIA DA SUA TEORIZAÇÃO NO PERU.**

**CURITIBA
2014**

FLOR DEIFILIA ZÚÑIGA MALDONADO

**EFICÁCIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES: A IMPORTÂNCIA
DA SUA TEORIZAÇÃO NO PERU.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Tit. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

FLOR DEIFILIA ZÚÑIGA MALDONADO

EFICÁCIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES: A IMPORTÂNCIA DA SUA TEORIZAÇÃO NO PERU.

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Tit. Luiz Guilherme Marinoni
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. Giovanni Priori Posada
Pontificia Universidad Católica del Perú – PUC Perú

Curitiba, 10 de junho de 2014.

Dedico este trabalho a meu pai e a minha
mãe, pelo incansável amor.
Ao Diego por ter chegado a minha vida
quando eu mais precisava dele.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sempre estar em meu coração, ser meu guia para me conduzir, estar ao meu lado para me proteger e sobre mim derramar as suas bênçãos.

A meus pais, Guillermo e Martha, pelo imenso amor e por seu apoio constante, a minha família agradeço por sempre acreditarem em mim. Em especial a minha mãe por cuidar de mim com tanto amor e carinho, por estar presente sempre quando eu mais precisei dela.

Agradeço a Diego, meu bebê, por ser a luz da minha vida, por ensinar-me que existe um amor tão imenso que parece não caber no corpo, por seu sorriso, que me dá força nos momentos de fraqueza. Agradeço, também, ao Dennis pelo amor, por estar sempre presente e pelo incentivo constante.

Ao Dr. Luiz Guilherme Marinoni, por generosamente compartilhar seu conhecimento, por ser exemplo de jurista, por sua dedicação com a pesquisa e pelo conhecimento incomparável.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, em especial aos professores Katya Kozicki, César Antonio Serbena, Ricardo Marcelo Fonseca, Sérgio Cruz Arenhart, por dividirem seu tempo e conhecimento comigo e com os demais colegas durante as aulas do curso de Mestrado.

Por fim, agradeço nas pessoas dos Professores José Antonio Peres Gediél, Rodrigo Xavier Leonardo e de todos os funcionários da Secretaria Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pela ajuda prestada.

RESUMO

O presente estudo parte da verificação que o sistema jurídico peruano ainda não oferece segurança jurídica nem previsibilidade ao jurisdicionado, pois existem inúmeros juízes que resolvem casos semelhantes de forma diversa. Portanto, existe a necessidade de um sistema coerente e uniforme.

Nesse sentido se faz necessária a adoção do precedente vinculante, a fim de proporcionar maior segurança e previsibilidade na realização do Direito.

Para examinar a regra do *stare decisis*, em primeiro lugar, se apresenta as distinções entre as duas principais tradições jurídicas: *common law* e *civil law*. Em seguida se faz um estudo sobre as características da doutrina dos precedentes e as hipóteses de superação. Depois se colocam algumas razões pelas quais os precedentes devem ser seguidos.

Por fim, se aborda o tema dos precedentes vinculantes aplicados no Peru, assim como suas características, pressupostos, etc., sendo o objetivo do presente trabalho é salientar a importância do respeito aos precedentes, pois em nada adianta tentar unificar a jurisprudência se os juizados de menor hierarquia não aplicam os precedentes com força vinculante na resolução de casos concretos.

Mas sem desconsiderar que os instrumentos de divergência do precedente o *distinguishing* e o *overruling* constituem em fator de desenvolvimento do direito como um todo.

Palavras-chave: Respeito ao precedente, uniformização da jurisprudência, *distinguishing*, *overruling*.

RESUMEN

El presente estudio parte de la verificación de que el sistema jurídico peruano, aún no ofrece seguridad jurídica y previsibilidad al jurisdicionado, dado que, existen innúmeros jueces que resuelven casos similares de forma diversa. Por tanto, existe necesidad de un sistema coherente y uniforme.

En ese sentido, es necesaria la admisión del precedente vinculante a fin de proporcionar mayor seguridad y previsibilidad en la realización del Derecho.

Para examinar la regla del *stare decisis*, en primer lugar, se mostrará las diferencias entre las dos principales tradiciones jurídicas: *common law* y *civil law*.

En seguida, se realiza un estudio sobre las características de la doctrina de los precedentes vinculantes y las hipótesis de su superación. Posteriormente, se colocan algunas razones por las cuales los precedentes deben ser seguidos.

Finalmente, se aborda el tema de los precedentes vinculantes aplicados en el Perú, así como sus características, presupuestos, etc., siendo el objetivo principal del presente trabajo resaltar la importancia del respeto a los precedentes vinculantes, ya que, no contribuiría, en nada, intentar unificar la jurisprudencia, si los juzgados de menor jerarquía no aplican los precedentes con fuerza vinculante para dar solución a casos concretos.

Pero, sin desconsiderar que los instrumentos de divergencia del precedente vinculante, como el *distinguishing* y *overruling*, constituyen un factor de desarrollo del Derecho como un todo.

Palabras clave: Respeto a los precedentes, uniformización de la jurisprudencia, *distinguishing*, *overruling*,

SUMARIO

INTRODUÇÃO	1
I - AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i>.....	4
1.1 - A formação da tradição jurídica romano-germânica.	6
1.1.1 - O <i>civil law</i> e a procura de segurança no texto jurídico da lei.....	8
1.1.2 - A questão da criação do direito no sistema do <i>civil law</i>	10
1.2. - Origens, costume e precedente no <i>common law</i>	12
1.2.1 - O significado da Supremacia do Parlamento Inglês na formação do <i>common law</i>	16
1.2.2 - A consolidação do precedente no <i>common law</i>	17
1.3 - A convergência entre as tradições do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	19
II – A DOUTRINA DOS PRECEDENTES NO <i>COMMON LAW</i>	24
2.1 - As teorias declaratórias e constitutivas da jurisdição no <i>common law</i>	25
2.1.1 - Teoria declaratória	25
2.1.2 - A teoria constitutiva da jurisdição.....	26
2.2 - O precedente no <i>common law</i>	27
2.3 - Doutrina do <i>stare decisis</i>	31
2.4 - <i>Ratio Decidendi</i>	34
2.5 - <i>Obtiter dictum</i>	37
2.6 - Alicerces para um sistema de precedentes.....	38
2.6.1 - Previsibilidade	39
2.6.2 - Estabilidade.....	41

2.6.3 - Igualdade	42
-------------------------	----

III – SUPERAÇÃO E REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES 44

3.1 - <i>Distinguishing</i>	45
-----------------------------------	----

3.2 - Revogação dos precedentes (<i>overruling</i>).....	49
--	----

3.2.1 - Efeitos da revogação dos precedentes: prospectivo e retroativo	54
--	----

IV – CONFIGURAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO SISTEMA PERUANO 57

4.1 - Breves apontamentos sobre o desenvolvimento histórico constitucional do Peru.....	57
---	----

4.2 - Controle da constitucionalidade no sistema peruano.....	60
---	----

4.2.1 - Modelo de controle difuso ou modelo americano.....	62
--	----

4.2.2 - Modelo de controle concentrado ou austríaco	64
---	----

4.3 - Surgimento, aplicação e funcionamento dos precedentes vinculantes no Peru	66
---	----

4.3.1 - Parâmetros, pressupostos e efeitos dos precedentes vinculantes.....	70
---	----

4.4 - A Corte Suprema do Peru e sua função criadora de jurisprudência uniforme através do precedente vinculante.....	80
--	----

4.5 - Respeito à função uniformizadora da jurisprudência como função essencial das Cortes Supremas.....	86
---	----

V – A EFICACIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES..... 92

5.1 - A questão da obrigatoriedade de aplicação dos precedentes vinculantes ...	94
---	----

5.1.1 - A propósito das sanções perante o desrespeito dos precedentes vinculantes	96
---	----

5.2 - A necessidade de estabilidade da jurisprudência no Peru	101
VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107
VIII – ANEXOS.....	115
1. STC Nº 0024-2003- AI/TC.....	116
2. STC Nº 3741-2004-AA/TC	126
3. STC Nº 006-2006-PC/TC	140
4. STC Nº 03908-2007-PA/TC	164
5. STC Nº 00001-2010-CC/TC	175

INTRODUÇÃO.

As tradições do *civil law* e *common law* não são as únicas existentes¹, mas sem dúvida ocupam posição predominante, já que foram expandidas para todos os continentes e são utilizadas por países com influência política e econômica.

Num primeiro momento, pode-se pensar que as tradições mencionadas são opostas, já que a organização de suas fontes de Direito são totalmente diferentes. Assim uma das grandes diferenças do *common law* e do *civil law* é que, no primeiro, o material principal de sua elaboração são os costumes e a tradição da sociedade – não necessitando de amparo no texto escrito, seja ele legal ou constitucional –, enquanto, no *civil law*, a matéria-prima de sua elaboração tende a ser a lei formalmente elaborada e escrita.

Contudo, é verdade que existem diversas leis escritas nos países de tradição do *common law*, enquanto, no *civil law*, as exigências do Estado Contemporâneo conferiram, ao juiz do *civil law*, uma margem de atuação muito além dos limites da lei escrita, e começaram a desenvolver um papel mais importante deixando de serem simples aplicadores da lei.

Efetivamente, na atualidade, o cenário muda, existindo uma aproximação entre esses dois sistemas. Esse ponto de convergência se evidencia na aplicação de precedentes, como se faz no *common law*, sendo que quase todos os países de tradição civilista vêm aplicando um sistema de precedentes.

Nesse sentido, a aplicação dos precedentes serve na fundamentação de que casos semelhantes devem ser resolvidos de modo semelhante e, para a resolução de casos semelhantes, deve-se exigir aplicação da mesma regra, sempre que os fatos sejam, também, semelhantes, pois o conceito-chave do *stare*

¹ Tem-se notícia de concepções de direito muçulmano, indiano, oriental e africano. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 511 e ss.).

decisis é o de que casos iguais devem ser tratados igualmente – *like cases must be treated alike*.²

Frisa-se que a teoria do *stare decisis* tenta conferir, ao cidadão, estabilidade, previsibilidade, segurança e igualdade, com preocupação em relação à proteção da confiança depositada nas regras do sistema como também naquelas proferidas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, o jurisdicionado precisa ter segurança de que o Estado se comportará de acordo com o direito e de que os órgãos que o aplicam o farão de modo uniforme. É essa segurança jurídica que vai permitir ao cidadão que defina seu comportamento e as suas condutas, com a certeza do que é correto e do que é ilegal.

No entanto, para que o cidadão possa, de fato, saber qual comportamento esperar do Estado e planificar as suas condutas, deve haver previsibilidade das consequências jurídicas dos atos praticados. Portanto, são as decisões judiciais os lides mais afiançados para estabelecer pautas de condutas exigíveis pelos cidadãos. São as decisões judiciais os elementos mais apropriados para gerar previsibilidade no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, a importância da adoção de um sistema de precedentes vinculantes coloca-se como uma forma de garantir a estabilidade dos jurisdicionados, na medida em que permite uma linha de conduta mais clara a ser seguida pelos interessados, a partir de casos concretos similares. Garante-se, assim, uma maior segurança jurídica aos indivíduos, na medida em que se tem, previamente, uma linha de atuação mínima, a partir de parâmetros, ou fatos, previamente constituídos e capazes de produzir concreção à norma anteriormente criada, a partir do precedente, e que também deverá ser aplicada aos casos futuros e semelhantes.

² CROSS, Rupert; e HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, p. 3.

O fato de existir imprevisibilidade e insegurança nas decisões judiciais, até nas cortes de vértice no sistema peruano, coloca o imperativo de se refletir a respeito da necessidade de um sistema legal coerente, que possibilite ao jurisdicionado programar suas condutas de acordo com o direito.

Cabe destacar, também, que a teoria dos precedentes possui dois conceitos basilares para a compreensão do modo como os precedentes são aplicados no *common law*: *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Resulta evidente que a função do direito é produzir estabilidade, gerando tranquilidade no jurisdicionado. Mas o direito também tem que ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo,³ de modo que, os precedentes podem e devem ser factíveis de superação.

Assim, o objetivo deste trabalho é demonstrar como o uso dos precedentes pode ser adotado, mesmo num sistema jurídico de tradição civilista como o peruano. Assim, o objetivo deste trabalho é demonstrar como o uso dos precedentes pode ser adotado, mesmo num sistema jurídico de tradição civilista. Diante dessa perspectiva, pretende-se mostrar como ele pode oportunizar o desenvolvimento do direito pela via da decisão judicial e das principais técnicas de discordância do precedente: o *distinguish* e o *overruling*.

Para isso, inicialmente se apresentará um breve histórico sobre as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* e os fatores que os afastaram. Posteriormente, desenvolver-se-á a teoria do *stare decisis* no *common law* e, por fim, irá se abordar a aplicação dos precedentes vinculantes no Peru.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*. Ano 34, n. 172, p. 122.

I. AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*.

O direito ocidental se compõe por duas famílias jurídicas principais: *common law* e *civil law*. O *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, reconhece as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhe efeitos vinculantes.⁴

Por outro lado, no *civil law*, cabe à lei o papel de protagonizar a manifestação do direito, razão pela qual a solução aplicável a uma demanda específica ocorre pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado é revelado através da atividade interpretativa.⁵

Como é obvio, o *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas⁶ diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.⁷

Durante toda a Idade Média inicial e até meados do século XII, era possível reconhecer o Direito Inglês e o Direito Continental como pertencentes a uma mesma família jurídica.⁸ Uma vez que o costume era considerado a primeira fonte de direito em grande parte das tradições jurídicas existentes, foi nos costumes

⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 315.

⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 315.

⁶ Como afirmam Merryman e Pérez-Perdomo, “a tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica romano-canónica*, p. 25).

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*. Ano 34, nº172, p. 176.

⁸ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 162.

romano-germânicos vigentes nessa época que se desenvolveram essas duas grandes tradições, que, com o passar do tempo, foram afastando-se.⁹

Por essa razão, a organização das suas fontes de direito, em uma e outra família, passaram a ser opostas: na tradição de *civil law*, se tem grande apego às leis escritas; já, na tradição do *common law*, os juízes são fortemente prestigiados e os precedentes são aplicados como fundamento para as decisões judiciais. Isso se deve ao desenvolvimento posterior de cada uma delas.

Assim, o magistrado inglês teve fundamental importância na concretização do *common law*, e a consequência disso é se falar em *judge make law*.¹⁰ Na Inglaterra, os juízes formaram uma força progressista e desempenharam importante papel na luta contra o poder do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão.¹¹

O mesmo não acontece na tradição do *civil law*, onde o juiz tem a simples tarefa de aplicar a lei criada pelo legislativo. Ou seja, o juiz não cria o direito nem interpreta as leis, pois o juiz é considerado um simples aplicador do direito.

Podemos observar, então, que o papel dos juízes nas duas tradições tornou-se distante, pois o juiz do *common law* cria o direito enquanto o juiz do *civil law* tem a mera função mecânica de aplicar a lei.

Das diferenças apontadas, adverte-se que as duas famílias, com o passar do tempo, começaram a ter diferenças um pouco mais acentuadas, o que levou a considerar-se, muitas vezes, que as instituições de uma não poderiam ser aplicadas na outra. No entanto, nas linhas seguintes, se sustentará que, assim como aconteceu no começo, as duas famílias foram muito parecidas e, hoje, podemos observar que entre elas existem muitos pontos de convergência.

⁹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, p. 318.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*, Ano 34, nº172, p. 184.

¹¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p. 42

Um desses pontos se refere à aplicação de precedentes vinculantes, porquanto, no *civil law* e no *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade.¹²

Assim temos que, em virtude da evolução do *civil law*, principalmente com o impacto do constitucionalismo, outorgou-se ao juiz um poder similar ao poder do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição.¹³ É nesse sentido, que o juiz deixa de ser a boca da lei e passa a assumir o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição.

Com o surgimento do Estado Constitucional, já não se tem a lei como ápice do sistema, mas a Constituição como centro do ordenamento jurídico, o que motivou mudanças estruturais irreversíveis, tanto na compreensão de direito quanto de jurisdição. Como aponta Marinoni, “o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”.¹⁴ Neste sentido, todas as modificações até aqui indicadas conduzem a uma transformação do sistema do *civil law*, aproximando-se cada vez mais do *common law*.

1.1 A formação da tradição jurídica romano-germânica.

A formação do *civil law* como tradição jurídica teve como pilar principal a expansão do direito romano pós-clássico pela Europa continental. Com a

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*, Ano 34, nº 172, p. 122.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*, Ano 34, nº172, p. 184.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2 ed., p. 68.

divulgação do direito romano por toda a Europa continental, o *civil law* ganhava força. Nesse período histórico, já era possuidora da posição mais importante.¹⁵

Essa importante influência no mundo ocidental e sua expansão começaram com o estudo dos textos compilados pela Escola dos Glosadores de Bolonha, nos séculos XII e XIII.¹⁶ Esses textos foram objeto de refinado processo de estudo na Universidade de Bolonha, cujo objetivo fundamental era o de transformá-los num todo, o o mais coerente possível.¹⁷ O grande livro de direito era o *Corpus Juris Civilis* e, especialmente, o *Digesto*. Seu conteúdo era o direito romano, o direito do Império e o direito da Igreja (uma vez que a igreja vivia sob o direito romano).¹⁸

Um dos períodos mais relevantes para a construção do *civil law* foi a Revolução Francesa. Antes dela, o Judiciário francês era composto por membros da alta classe da nobreza que operavam em favor da aristocracia feudal.¹⁹ Os valores da igualdade e liberdade não regulavam a ação das cortes, sendo que os cargos da magistratura eram comprados e herdados.²⁰

Deriva daí que os juízes franceses, antes à Revolução, aplicavam a lei em benefício de sua própria classe, para preservar o *status quo*. Existia, portanto, manifesta parcialidade nas decisões adotadas, o que danificava as leis progressistas que vinham sendo aprovadas pelo legislativo. O *civil law* nasce, então, das ideias da Revolução Francesa, buscando afastar o absolutismo e especificamente a discricionariedade do Poder Judiciário.

¹⁵ “Com freqüência se afirma que o direito romano foi a maior contribuição de Roma à civilização ocidental, e os modos de pensar romanos perpassaram todos os sistemas jurídicos ocidentais. Neste sentido, todos os juristas ocidentais são juristas romanos. Nos países do *civil law*, entretanto, a influência do direito civil romano é muito mais disseminada, direta e concreta do que no mundo do *common law*.” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p. 32).

¹⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, p. 57.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (Coord.) *Direito Jurisprudencial*, p. 24.

¹⁸ MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p.29,30.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo*, p. 126.

²⁰ “Os juízes constituíam um grupo aristocrático que apoiava à aristocracia contra os camponeses e as classes meias e trabalhadoras”. (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p.40).

Aquela realidade levou Montesquieu, que conhecia muito bem a posição da magistratura francesa,²¹ a sugerir um modelo de separação de poderes adequado para impedir os abusos do judiciário, o qual ficaria restrito a aplicar a lei criada pelo legislador. Surgia, então, a figura do juiz *bouche de la loi*. Nesse contexto, o judiciário foi profundamente subordinado ao Parlamento, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo, usando todos os instrumentos lícitos ou ainda ilícitos, como pressões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares, sobre aqueles que arriscassem se comportar de modo independente.²²

1.1.1. O *civil law* e a procura de segurança jurídica no texto da lei.

O juiz dessa época não tinha a faculdade de interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto normativo.²³ Portanto, o magistrado era limitado não só pelas leis como também pelo Poder Executivo, a quem caberia o cumprimento das decisões²⁴.

²¹ “Lembre-se que Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partia da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement* de Bordeaux, como o nome “Montesquieu”. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p.52,53).

²² RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 182.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*. Ano 34, nº 172, p. 127.

²⁴ Isso era assim no âmbito do *civil law*, enquanto “na tradição do *common law* não existia o temor do juiz legislar e a interferência judicial em assuntos da administração. Ao contrário, o poder dos juízes em amoldar o desenvolvimento do *common law* era familiar e bem-vindo. Acreditava-se que os juízes tinham o poder de *mandamus* (compelir a administração e seus agentes a cumprir seu dever legal) e do *quo warranto* (questionar a legalidade de um ato praticado por um agente público). O Judiciário não era alvo da Revolução Americana no sentido em que ele foi na França”. (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p.42).

Para que a separação de poderes fosse apropriada nesses moldes, o legislativo necessitaria criar leis com capacidade de abranger todas as situações.²⁵ Desse modo, os Códigos ganharam importância,²⁶ o que afirmou o papel dos juízes como a simples boca da lei. A codificação apresentava-se no escopo de romper com o passado e também conferir certeza jurídica aos cidadãos.²⁷

Acreditava-se que, com os códigos, a completude do sistema poderia ser obtida, pois a lei poderia atribuir certeza, previsibilidade e garantir a estabilidade do ordenamento. Esse modelo de Estado prevaleceu em todos os países que seguiam a tradição jurídica romano-germânica em consequência também no Peru se adotou a ideia de que o juiz não tem poder criativo.

Ocorre que a observância da prática judicial no ordenamento Peruano e dos demais países do *civil law* evidencia que a teoria da separação de poderes não pode enfrentar os novos desafios do Poder Judiciário.

Desse modo, resulta evidente que a complexidade das sociedades contemporâneas, adicionada ao acesso à justiça, que se tornou real, já demonstrou, com veemência, que o direito positivo, puro e simplesmente considerado, não é um instrumento que baste para resolver os problemas que se colocam diante do juiz.²⁸

²⁵ Esclarece Merryman que “somente o legislativo podia fazer as leis e apenas o judiciário podia aplicá-las (ou, um pouco mais tarde, interpretá-las e aplicá-las), a legislação tinha que ser completa, coerente e clara. Se os juízes eram chamados a decidir um caso para o qual não havia previsão legislativa, eles iriam na prática produzir o direito e em consequência violar o princípio da separação dos poderes.” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p.65).

²⁶ Como explica Marinoni “O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e a função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*, Ano 34, N°172, p. 199).

²⁷ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 179.

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (Coord.) *Direito Jurisprudencial*, p. 26.

Nesse sentido, as leis deviam estar de conformidade com a Constituição e seus valores, fazendo possível que a interpretação e ponderação dos juízes na resolução de casos concretos sirvam ao sistema, o que evidencia a aproximação com o *common law*.

A partir desses fenômenos, passou-se a entender que o juiz teria a liberdade de decidir conforme a sua convicção pessoal a respeito do sentido aplicável ao caso concreto.²⁹

1.1.2. A questão da criação do direito no sistema do *civil law*.

Efetivamente, verifica-se que a atividade do juiz ficou muito longe da concepção primogênita do *civil law*, estando muito mais próxima do papel criativo exercido pelo juiz do *common law*. Nesse sentido, Marinoni expõe o seguinte:

O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O Seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais.³⁰

Na atualidade, o juiz desempenha o papel de controle dos atos do Estado e sua adequação com a Constituição, seus valores e princípios. Desse modo, corresponde ao judiciário, por meio de um sistema de controle de constitucionalidade, o dever de salvaguarda Constituição.

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (Coord.) *Direito Jurisprudencial*, p. 27.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2 ed., p. 69.

Nesse sentido, o Judiciário passou a ter a função de interpretar a lei de acordo com a Constituição, sendo facultado a não aplicar a norma inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade de lei). Cabe, ainda, ao Judiciário, viabilizar a proteção dos direitos fundamentais, quando se encontraram em manifesto conflito.³¹ Confere-se ao Judiciário, além de apartar a lei inconstitucional, o dever de, na ausência de uma lei, garantir a aplicação dos direitos fundamentais no caso concreto, em manifesta atividade criativa.

Se há normas que violam de justiça e os direitos fundamentais, existem também omissões, ou ausência de normas, que agridem esses mesmo princípios e direitos. Por isso, não há razão para entender possível o controle da constitucionalidade da lei e julgar inviável o controle da constitucionalidade da falta da lei. Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte.³²

Desse modo, a ideia que os códigos eram totalmente completos e claros não pode ser mais aceita, no mesmo sentido, a ideia de que estes textos normativos apenas admitiriam uma única interpretação não é mais acolhida. Ao invés disso, criam-se textos legislativos que, intencionalmente, não levam a uma única interpretação, admitindo uma ampla margem para sua aplicação diante do caso concreto, tarefa que foi atribuída ao juiz. Desse modo, o poder conferido ao juiz do *civil law* diminui ainda mais a diferencia com relação ao *common law*.

A história demonstrou que o ideal de completude das codificações nunca será alcançado, já que as relações pessoais são mais ricas e complexas do que um grupo de pessoas pode imaginar. Estas relações complexas cada vez são mais diversificadas e não se encontram contidas na legislação, desse modo

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo*, p. 100.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo*, p. 62.

corresponde ao Poder Judiciário dar solução a essas controvérsias utilizando a interpretação das leis existentes e de acordo com o sistema.

Em razão do problema das lacunas da lei,³³ os juízes passaram a ter a faculdade de completar os vazios deixados pelo legislador. No entanto, fica claro, como já foi dito, a interpretação deveria ser sistemática, buscando uma solução de acordo com o Código e com todas as leis vigentes. No mesmo sentido, desenharam-se teses que defendiam a aplicação analógica de leis semelhantes.

Nesse sentido, com o novo papel que exercem os juízes já se demonstra que eles já não são mais “boca da lei”. Em decorrência, se aceita que os magistrados têm a faculdade de interpretar o material legislativo para resolver casos cuja resposta não é oferecida diretamente pelo Poder Legislativo.

1.2. Origens, Costume e precedente no *common law* .

Podem-se reconhecer quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066, conhecido como período anglo-saxônico. O segundo vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors, em 1485, conhecido como o período da formação do *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, caracteriza-se pelo desenvolvimento do *common law*. O quarto e último período começa em 1832 e continua até a atualidade.³⁴

³³ A doutrina majoritariamente considera o trabalho de Alchourron e Bulygin o “*Normative System*” um dos principais textos sobre o tema. A este respeito para maior aprofundamento no tema ver: ALCHOURRON, Carlos; e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 201-223.

³⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p.283.

A respeito da influência do *civil law* sobre o *common law*, podemos dizer que praticamente passou ilesa da influência do direito romano.³⁵ A unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam porque o direito romano não foi adotado na Grã-Bretanha, mesmo sendo favorecido pelas dinastias dos Tudor e dos Stuart. Enquanto na Alemanha a divisão em pequenos Estados tornava indispensável aceitar o direito romano como mínimo denominador comum jurídico, a Grã-Bretanha já possuía o seu direito comum. Nesse sentido, como já foi dito, costuma-se contrapor o *common law* à *civil law*, entendendo-se, por este último, o direito continental de origem romanística.³⁶

Na formação do *common law* existem dois momentos importantes: (i) a atuação de Guilherme, o conquistador, na unificação política e jurídica dos territórios da Grã-Bretanha; e (ii) o reinado de Henrique II, que promoveu reformas na organização da justiça de maneira a proteger o direito inglês da influência do direito romano.³⁷

O período que se inicia com a chegada dos normandos à Inglaterra em 1066 será essencial na formação do *common law*.³⁸ Embora o direito anglo-saxônico tenha sido mantido por Guilherme, o Conquistador, a conquista normanda significou, na Inglaterra, o estabelecimento de um poder forte, centralizado, carregado de uma grande experiência administrativa.³⁹

Com o reinado de Henrique I se conseguiu a fortificação da justiça itinerante, que consistia nos julgamentos realizados pelos juízes em nome do rei,

³⁵ De acordo com Hespanha, foi Henrique VII quem introduz nas universidades o direito Romano, em Oxford e Cambridge, durante o período renascentista dos Tudor (1484- 1603). (HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio*, p. 262).

³⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, p. 327,328.

³⁷ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 163.

³⁸ O *common law* surgiu no ano de 1066, em que os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra. (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, p.24).

³⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 285.

com o objetivo de diminuir o poder dos senhores feudais, fortalecendo as cortes régias. No entanto, foi com Henrique II, que o *common law* se concretizou como direito geral. A elaboração do chamado *common law*, ou direito inglês, e comum a toda a Inglaterra, foi obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça⁴⁰, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde foram estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.⁴¹

Desse modo, o *common law* representa um direito uniforme aplicado pelos Tribunais Reais na Inglaterra.⁴² Nesse sentido, os tribunais reais exerceram papel fundamental no desenvolvimento do *common law* pois, com o transcorrer do tempo, as decisões dos juízes e tribunais criaram um verdadeiro direito jurisprudencial, evoluindo-se do costume precário e de difícil aplicação para o precedente judicial, como revelação do Direito e sua fonte por excelência.⁴³

Na procura de estabilidade, os senhores feudais, pressionaram o rei Henrique II para que unificasse a concessão dos *writs*⁴⁴, o que levou à edição das *Provisões de Oxford*. Nesse sentido, essa situação constitui um dos momentos em que a sociedade escolheu garantir a certeza e consolidar as instituições jurídicas.⁴⁵

⁴⁰ “Os Tribunais Reais constituíam uma instância superior e independente dos senhores feudais, de modo que a expansão de suas atribuições significou a sujeição de todos, em igualdade de condições, ao direito, elemento essencial à idéia de *rule of law*, que é tão cara à Inglaterra”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 16).

⁴¹ “Diante da inexistência original na Inglaterra de um corpo de direito substancial, este seria formulado pouco a pouco pelos Tribunais Reais, a través das decisões proferidas em juízo. Por isso, em virtude das próprias condições históricas em que se deu seu desenvolvimento, a jurisprudência foi, naturalmente, a principal fonte irradiadora de normas”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 20).

⁴² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 286.

⁴³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 37.

⁴⁴ Segundo Lozano, poderíamos entender que Writ é uma ordem escrita do rei. (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. p. 329).

⁴⁵ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, p. 329.

No entanto, unicamente podiam ser concedidos *writs* que estivessem expressamente previstos nas Provisões, o que causou que, por cerca de trinta anos, o *common law* não sofresse evoluções, sendo impossível a propositura de ação para as situações que não estivessem amparadas por algum dos *writs* elencados no rol oficial.⁴⁶ Essa situação foi modificada por Eduardo I, anunciando o *Statute of Westminster II*, que permitia a concessão de novos *writs* para pretensões análogas às já estabelecidas pelos *writs* oficiais, permitindo, assim, que o direito continuasse a evoluir, porém em termos mais conservadores.⁴⁷

De outro lado, observa-se que o direito construído na Inglaterra, depois da conquista normanda, mostrou uma expansão considerável e uma das principais influências se produziu nas colônias inglesas na América, não obstante, as regras do *common law* inglês não terem sido totalmente aceitas, visto que as regras do *common law* foram elaboradas para uma sociedade feudal, de cujo tipo as instituições americanas encontravam-se afastadas. Os problemas que apresentavam os colonos americanos eram problemas novos, aos quais o *common law* não dava resposta satisfatória e, além disso, o *common law* não agradava muito aos colonos. Essa situação iria modificar-se no século XVIII com a melhora das condições de vida dos colonos e a transformação da sua economia e das suas concepções. As colônias tiveram a necessidade de um direito mais evoluído. Por outro lado, o *common law* começa gradualmente a ser considerado de outra maneira: (i) pode ser utilizado como proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real e (ii) passa a ser considerado como um elo entre tudo o que é inglês na América, face às ameaças vindas da Louisiana e do Canadá Francês.⁴⁸

⁴⁶ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 169.

⁴⁷ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, p. 329,330.

⁴⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 357-360.

1.2.1. O significado de Supremacia do Parlamento inglês na formação do *common law*

Com a Revolução Gloriosa de 1688, a Inglaterra ao contrário do que ocorreu na França, encontrou no Poder Judiciário um grande aliado para batalhar contra os excessos do absolutismo. De tal maneira, o Legislativo e o Poder Judiciário encontraram-se unidos num mesmo objetivo, que foi a proteção de direitos e garantias individuais, é assim que os juízes se encontraram ao lado do legislativo, outorgando todo seu apoio na luta contra o arbítrio do monarca.

Com o objetivo de manter o Direito inglês, considerado não apenas como aquele traduzido no texto legal, mas também aquele surgido nas tradições desse Direito criou-se a chamada supremacia do parlamento inglês (*supremacy of the English parliament*). Com este acontecimento surgiu à ideia de supremacia do judiciário (*supremacy of judiciary*), já que, unidos, edificariam um sistema de sustentação do Direito existente e restringiam o poder do monarca pelos direitos e liberdades do povo inglês, sem que Legislativo e Judiciário precisassem conflitar.

Na Inglaterra não houve falta de confiança no juiz e não foi preciso impor o dogma da estrita aplicação da lei. O juiz inglês tradicionalmente ia muito além da interpretação das leis, extraíndo direitos e deveres a partir do *common law*.⁴⁹

A supremacia do parlamento inglês não apareceu para controlar o Poder Judiciário inglês, surgiu para liderar as colônias inglesas que estavam em desenvolvimento. As colônias tomavam conhecimento do Direito inglês por meio das cartas do parlamento, e estavam obrigadas a ditar suas normas de acordo com a Constituição Inglesa e seu Direito.⁵⁰ Com a independência das colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições. Isso quer dizer que a supremacia do parlamento foi transportada para as colônias,

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 184,185.

⁵⁰ “As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 44).

surgindo, dessa forma, o princípio da supremacia do judiciário e, por conseguinte, “o controle de constitucionalidade estadunidense significou mais uma continuidade do que uma ruptura com o direito inglês”.⁵¹

Perceba-se que, a partir desse momento o Poder Judiciário se prestigiou obtendo poder e soberania, pois tinha o importante encargo de controlar a produção legislativa da colônia, assim como o controle e a aplicação da lei de acordo com a Constituição e do Direito Inglês.

Portanto, no Direito Inglês, não aconteceu uma ruptura com o sistema antigo, como aconteceu na França. Na Inglaterra a Revolução não foi precisamente no sentido revolucionário, seu caráter foi muito mais conservador, pois apenas o poder da monarquia foi limitado aos interesses do povo e as tradições foram mantidas.

1.2.2. A consolidação do precedente no *common law*.

No contexto inglês, o Estado de Direito significou não só a primazia da lei representada por uma Assembleia soberana, mas também a consolidação do *common law*, que constituía um sistema, um corpo de costumes transformados em Direito pelos precedentes judiciais, direitos do povo inglês diante do poder soberano.⁵²

Com respeito à aplicação do Direito Inglês, nas cortes do reino, tornou-se frequente a reunião dos juízes para discutir os casos mais complexos. No século XV, essas reuniões eram frequentemente realizadas na chamada “*Câmara Exchequer*”. Depois de discutido e decidido, o caso regressava à respectiva Corte de Justiça para que a decisão fosse proferida. Em 1483, em uma das decisões assumida pela maioria na Câmara, o Juiz-Chefe, ao se manifestar, esclareceu que, embora discordasse, ele era obrigado a adotar a decisão da maioria. Esse

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 45-47.

⁵² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 25.

fato fez com que os juízes que faziam parte da Câmara, ao julgarem casos futuros em que se tratasse de princípios já analisados, fossem obrigados a adotá-los, não existindo, porém, uma obrigatoriedade formal que estabelecesse essa vinculação.⁵³

A obrigatoriedade de observância dos precedentes foi instituída no século XIX. Essas decisões de obrigatoria observância estavam intimamente ligadas a um sistema integrado de Relatórios de Casos conhecidos como *Law Reports*. O fundamento da teoria dos precedentes obrigatórios está na necessidade de que os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das Cortes devem permanecer vigentes e ser aceitos como fontes primárias de direito.⁵⁴

Nesse sentido, a principal razão para a emergência do *stare decisis*, foi a alteração na estrutura do julgamento durante o século dezesseis. Uma consequência desse desenvolvimento foi a de que os juízes começaram a produzir, com mais regularidade, decisões fundamentadas e não apenas orientar as partes para um acordo. Na medida em que os juízes passaram a produzir decisões fundamentadas mais regularmente, a jurisprudência passou a se tornar cada vez mais parecida com o que conhecemos hoje como precedente judicial. O primeiro e crucial estágio no desenvolvimento do *stare decisis* foi que os julgamentos passaram a ser fundamentados. Parte da explicação para a autoridade do precedente, então, é que ele fornece razões para uma decisão.⁵⁵

⁵³ VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas comparados*, p. 113.

⁵⁴ VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas comparados*, p. 118.

⁵⁵ "The principal reason for the emergence of *stare decisis*, I shall argue, is the change in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict. A consequence of this development was that judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what should be pleaded. As judges began more regularly to produce reasoned decisions, case law began increasingly to take the form of what we nowadays recognize to be judicial precedent. (...) The first and crucial stage in the development of *stare decisis* was that judgments came to be supported by reasons. Part of the explanation for the authority of judicial precedents, then, is that they provide reasons for a decision." (DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 25).

Frisa-se que um dos objetivos principais, no sistema do *common law*, com a adoção de um sistema de precedentes é atingir a previsibilidade. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Do mesmo modo, a vinculação dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, os quais devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma. Ainda que, no sistema do *common law*, se reconheça que os casos nunca são absolutamente idênticos, o que acontece, de fato, é que são consideradas algumas características de um caso como sendo relevantes e outras não.⁵⁶

1.3. A convergência entre as tradições do *civil law* e do *common law*.

A adoção de um sistema de precedentes pretende alcançar a segurança jurídica para que os cidadãos possam definir o seu comportamento e as suas ações. Efetivamente, apesar das diferenças e aproximações entre as duas tradições, ninguém dúvida que também no *civil law* a segurança jurídica é imprescindível, uma vez que a segurança jurídica constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, não existe nenhum problema em se buscar a segurança jurídica, no respeito aos precedentes, já que não existe incompatibilidade entre *civil law* e precedentes.⁵⁷

Ressalta-se que um sistema que aceita a teoria dos precedentes obrigatórios, além de dar maior valor e efetividade à Constituição e aos direitos das pessoas, aproxima-se a ser um sistema mais estável e efetivo.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*. Ano 34, n. 172, p. 129.

⁵⁷ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 187.

Do que foi dito até agora, pode-se afirmar, de modo geral, que o *common law* e o *civil law* tiveram diferentes pontos de proximidade e de intercâmbio ao longo da sua formação e, hoje, se encontram em aproximação. Desse modo, Mello resume tal circunstância expondo que:

A).O direito romano nasceu casuístico, problemático e concreto, apresentando semelhanças, em sua origem, com o *common law*. B) A jurisdição da *equity*, responsável pela flexibilização e renovação do sistema inglês, se desenvolveu sob a inspiração de princípios do direito romano e do direito canônico. C) O *civil law* tomou emprestadas do ordenamento britânico concepções pertinentes ao direito público, articulando, a partir delas a harmonização entre o poder estatal e os direitos individuais. D) nos Estados Unidos da América, o *common law* original sofreu, em virtude da influência da codificação, dentre outros fatores, disto resultando a elaboração de uma constituição escrita, ou seja, de uma norma no estilo romano, à qual se atribuiu supremacia sobre todas as demais normas e eficácia apta a possibilitar ao Judiciário a declaração de invalidade das leis que conflitassem com ela. E) a concepção de supremacia da Constituição desenvolvida em tal país inspirou-se na concepção de *higher law* do direito canônico. F) Por outro lado, o constitucionalismo norte-americano teve grande influência sobre os países de direito codificado, tendo migrado com ele não apenas uma concepção de Constituição e de controle de constitucionalidade, mas, igualmente, alguns elementos inerentes ao sistema do *common law*. G) Sob a influência de tais idéias, diversos países do *civil law*, a exemplo da Alemanha, da Itália e da Espanha, passaram a conferir efeitos obrigatórios e gerais às decisões de suas cortes constitucionais que reconhecessem a inconstitucionalidade de normas. H) Por fim, o triunfo das idéias democráticas, as tendências estatais dirigistas, a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas e de cumprir com compromissos internacionais tem provocado um

crescimento da atividade legislativa em países que adotam o *common law*.⁵⁸

No mesmo sentido, Losano aponta outra diferença importante do Direito Inglês em relação ao Direito Europeu continental: o costume que vai se tornar fonte do direito não nasce do comportamento e das tradições populares, mas sim da criação e do desempenho dos juízes em relação a esses costumes. Os juízes vão, assim, paulatinamente, tornando-se uma classe profissional que têm o papel de criadores do direito.⁵⁹

Para Schauer, a mais importante diferencia entre as tradições é a preocupação dos juízes anglo-saxônicos com o caso, pelo contrario, no *civil law*, os juízes dão maior importância à lei que será aplicada ao caso concreto. Ressaltasse que a principal diferencia entre as duas tradições é o método utilizado para a solução dos casos.⁶⁰

Resulta evidente que as situações históricas e culturais que causaram o afastamento das duas tradições não existem mais. “A radical contraposição entre *common law* e *civil law*, própria ao antigo direito comparado, vem sendo deixada de lado em favor da idéia de que estes sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental”⁶¹, cada vez mais próximos. Nessa perspectiva, anuncia Marinoni:

Apesar das transformações que se operaram no *civil law* - inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo -, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de

⁵⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 52-54.

⁵⁹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, p. 325.

⁶⁰ No texto original: “Judges remain substantially more central legal figures in common-law countries than in their civil law counterparts, and treating the code rather than the case as the touchstone for legal argumentation remains the pervasive feature of the civil-law consciousness”. (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, p.108).

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos Precedentes*, p. 7.

grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes⁶².

Não há dúvida de que o papel atual do juiz do *civil law* tem o dever/poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproximando da função exercida pelo juiz do *common law*.⁶³ Esta posição se reforça, quando se observa que, atualmente, o juiz do Estado Constitucional, ao aplicar os direitos fundamentais e ao fazer o controle de constitucionalidade, atua de forma semelhante ao poder judicial no *common law*.

Aliás, os próprios doutrinadores do *common law* reconhecem, quando olham para o *civil law*, que nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos indeterminados, não há sequer como admitir a distinção, por alguns realizada, entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam o direito). Alega-se que, nesses casos, a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito. Ou seja, tal decisão judicial poderia ser vista como criação do direito ou como interpretação judicial do direito.⁶⁴

Com efeito, a Constituição retirou a supremacia da lei, modificando o conceito de Direito e de Jurisdição. Como consequência, o juiz deixou de ser servo da lei, já que o juiz não está mais a ela adstrito, podendo extrair direitos e deveres da Constituição. Dessa forma, Marinoni coloca que:

O sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança jurídica à parte e permitir ao advogado ter

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos Precedentes*, p. 7.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 100.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 48.

consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.⁶⁵

Portanto, se comprova que é imprescindível abandonar o desinteresse em relação aos institutos do *common law* e pensá-los de forma útil ao sistema do *civil law*.⁶⁶

Desse modo, apesar do sistema peruano estar arraigado no sistema de *civil law*, isso não evita se observar e se aderir aos institutos do *common law* que sejam compatíveis com o sistema. Como se demonstrará, o Peru precisa de uma aplicação moderada dos institutos do *stare decisis*, especialmente no momento da emissão, afastamento e à superação dos entendimentos consolidados nas Cortes de vértice peruanas.

Por outro lado, resulta evidente que, no Peru, enfrenta-se constantemente o problema do excesso de casos em que existe diferença de interpretações da lei, o que coloca em risco o alcance de um sistema baseado na segurança e na previsibilidade. Sabe-se que existem juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem, frequentemente de modo diverso, questões absolutamente idênticas.

Nesse sentido, o Judiciário pode e deve, suave e paulatinamente, inovar, receber e incorporar alterações extensas ao Direito (sociológicas, éticas, sociais, e

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 88.

⁶⁶ “Porém, quando se ‘descobriu’ que a lei interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, curiosamente não se abandonou a sua posição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrina, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou”. (MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos Precedentes*, p. 8).

até científicas) às suas decisões, por meio dos “poros” que as normas postas contêm (clausulas gerais, conceitos vagos), adaptando o Direito à vida.⁶⁷

II. A DOUTRINA DOS PRECEDENTES NO *COMMON LAW*.

O *common law* foi gestado na Inglaterra, mas foi também adotado por diversos outros países, como Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, inspirando, ainda, sistemas mistos como o adotado pela Escócia.⁶⁸

Na Inglaterra, a jurisprudência foi a principal fonte irradiadora de normas. O *common law* inglês se desenvolveu a partir de precedentes vinculantes (*binding precedents*) a serem obrigatoriamente seguidos por todas as cortes inferiores, muito embora sejam passíveis de modificação pela *House of Lords*.⁶⁹

Efetivamente, a jurisprudência é, tipicamente, uma das fontes do direito em sentido formal.⁷⁰ Assim, o modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial, sendo um sistema nitidamente *judicialista*. Ao mesmo tempo em que o magistrado julga, também, de certa forma, legisla, criando regras de decisão aplicáveis a outros casos similares. Desse modo, a principal fonte de direito é a produção judicial.⁷¹

Sobre a questão de criação do Direito, na Inglaterra, desejava-se esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou simplesmente o declarava. Nesse sentido,

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (Coord.) *Direito Jurisprudencial*, p. 64.

⁶⁸ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao estudo do direito inglês e norte-americano*, p. 13.

⁶⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 23.

⁷⁰ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 507

⁷¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O Binômio Repercussão Geral e Súmula Vinculante. Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Direito Jurisprudencial*, p. 698.

surgiram duas teorias para tentar fazer esse esclarecimento: a Teoria Declaratória e a Teoria Constitutiva da Jurisdição.

2.1. As teorias declaratórias e constitutivas da jurisdição no *common law*.

2.1.1. Teoria declaratória.

Trata-se de saber se o precedente cria o próprio Direito ou apenas declara um Direito, legislado ou não, pré-existente. Para explicar isso, desenvolveram-se duas teorias: a teoria declaratória e a teoria constitutiva.

A pesar de ser imprecisa a origem exata da teoria declarativa, sabe-se que sua primeira formulação foi feita por Hale. Assim, no século XVII, ele formulou a teoria declaratória da seguinte forma:

“Não se pode propriamente dizer que as decisões dos tribunais não podem criar direito, mas apenas o rei e o Parlamento podem fazê-lo. Ao contrario, tais decisões têm um grande peso e autoridade para exhibir, publicar e declarar qual é o Direito que impera neste reino, especialmente quando essas decisões são consistentes e congruentes com o que já foi resolvido e decidido em épocas anteriores. E, embora tais decisões sejam inferiores em comparação ao Direito, elas têm um valor maior do que a opinião de qualquer um.”⁷²

Nesse sentido, a teoria declaratória não simplesmente tentou demonstrar que a função do juiz é a de revelar o direito, mas também tem o propósito de permitir ao judiciário declarar ou afirmar o *common law* contra o soberano e contra o Parlamento.⁷³

⁷² CROSS; Rupert e J.W.Harris. *El precedente en el Derecho Inglés*, p. 49.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 43.

A difusão e a consolidação da teoria declaratória do precedente podem ser atribuídas principalmente à doutrina de William Blackstone. Para ele, os juízes exercem o papel de declarar o direito preexistente em suas decisões, abstendo-se de qualquer função criativa.

Desse modo, a tese de Hale e Blackstone estabelece que o *common law* consiste nos usos e costumes que regeram os britânicos desde tempos imemoriais, complementados por princípios gerais de justiça entre os indivíduos e da conveniência pública e que o *common law* só pode ser alterado por uma lei do Parlamento. Essa posição foi adotada pelos juízes do século XVIII diante de situações não previstas pelo *case law*.⁷⁴

Nessa perspectiva, a teoria declaratória caracteriza-se por ser eminentemente consuetudinária do direito inglês, uma vez que se baseia na existência de um direito pressuposto, estabelecido previamente aos juízes, presente nas leis e extraído das decisões judiciais, sendo que o papel do juiz seria o de meramente declarar seus termos, trazendo a lume o que já existia em um plano oculto da compreensão jurídica.

2.1.2. A teoria constitutiva da jurisdição.

A segunda posição, dominante nos Estados Unidos, entende que o Direito é criado pelas decisões judiciais - *judge make law* -, teoria surgida das críticas que vários autores fizeram à teoria declarativa.

Austin afirma: “É infantil a ficção utilizada pelos nossos juízes, segundo a qual o *common law* não é feita por eles, mas é algo milagroso, feito por qualquer pessoa, que existe da eternidade, e que simplesmente é declarado assim pelos juízes.”⁷⁵

⁷⁴ CROSS; Rupert e J.W.Harris. *El precedente en el Derecho Inglés*, p. 49,50.

⁷⁵ CROSS; Rupert e J.W.Harris. *El precedente en el Derecho Inglés*, p. 55.

Os principais argumentos em prol da teoria constitutiva nascem, precisamente, de críticas à teoria declarativa. A principal crítica decorre do fato de que os partidários da teoria declarativa afirmam, em linhas gerais, que o Direito sempre existiu e cabe ao juiz apenas descobri-lo e declará-lo. Para os constitutivistas, essa afirmação não procede, já que inúmeras das decisões hoje tomadas pelos tribunais cuidam de assuntos sequer imaginados, pois, são questões de Direito onde a regra só é encontrada nas decisões dos tribunais. Portanto, seria um erro afirmar que tais soluções ou o Direito já preexiste no Direito comum.⁷⁶

2.2. O precedente no *common law*.

No Estado de Direito, os cidadãos devem ter razoável certeza a respeito das regras e padrões “segundo os quais sua conduta será julgada.”⁷⁷ Nesse sentido, os precedentes buscam compatibilizar a criação do Direito pelos tribunais, com os valores de segurança jurídica, isonomia, eficiência e legitimidade.

Assim, se por razões de equidade e de integridade, casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento, por motivos idênticos, e em respeito aos mesmos valores, situações diversas devem ser tratadas diferentemente.⁷⁸

Salienta-se, então, que a obrigação de seguir as decisões anteriores garante a previsibilidade do Direito, sua estabilidade e continuidade, tendo em vista que a solução aplicada a uma causa determinará o desfecho das demandas assemelhadas. No mesmo sentido, preserva-se o tratamento isonômico entre os jurisdicionados, impondo-se aos magistrados que, ao apreciarem um litígio, reflitam não apenas quanto à resposta a ser dada à hipótese sob exame, mas,

⁷⁶ SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 44.

⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*, p. 22.

⁷⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 202.

igualmente, a todos os demais conflitos que se enquadrem em uma mesma categoria de similitude; exige, portanto, a busca de um fundamento jurídico objetivo, que seja dotado de pretensão de universalidade.⁷⁹

Nesse sentido, o sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isso diz respeito ao passado, e têm o papel de fazer Direito, criando regras para o futuro.⁸⁰

No entanto, o uso dos precedentes deve ser encarado “como algo que, ao mesmo tempo, orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e com os novos tempos”.⁸¹

Desse modo, é importante salientar que, frente à pretensão dos precedentes de se estabelecerem no tempo, estes não são perpétuos e imutáveis. Aliás, sua possibilidade de alteração é algo essencial para a própria sobrevivência de sua doutrina. Mesmo quando se pretenda afastar a aplicação de determinado precedente, fica o julgador vinculado ao seu enfrentamento. Efetivamente, os precedentes também podem se tornar inadequados em virtude de alteração das condições culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas do meio sobre o qual incidem, demandando, em razão disso, a modificação de sua norma. O Direito não constitui um corpo estático ou incomunicado com a realidade sobre a qual incide. Ao contrário, ele é produto de interações com ela. Por isso, se grandes mudanças fáticas e valorativas ocorrem, disso resultará a alteração dos padrões normativos.⁸²

Outro ponto importante, sobre o respeito aos precedentes, faz referência a que sua aplicação pode inibir a criação judicial, na medida em que, estabelecida

⁷⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 69,70.

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. In: *Revista de Processo*. Ano 34, nº 172, p. 130.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 214.

⁸² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, 240,241.

uma determinada regra, ela tivesse de ser cegamente observada pelos tribunais inferiores. Nesse sentido, Frederick Schauer observa que a adoção do *stare decisis* pressupõe uma redução da sensibilidade dos magistrados para as particularidades dos casos. Por isso, ao mesmo tempo em que aplaca o risco de decisões contraditórias e erradas, atenua a perspectiva de se alcançarem soluções ótimas, do ponto de vista da justiça do caso concreto, limitando tanto o mau quanto o bom juiz.⁸³

Nesse sentido, se evidencia que, apesar da vinculação obrigatória do precedente, o juiz futuro deve sempre justificar sua decisão no caso concreto, já que, o uso de precedentes não impede o dever argumentativo de bem fundamentar suas decisões,⁸⁴ sobretudo no que se refere à apreciação fática e seu enquadramento na *ratio decidendi*, examinando se ela atende às necessidades concretas do direito material levado a sua tutela.

Nessa perspectiva, deve-se considerar que o precedente obrigatório é, antes de tudo, uma decisão judicial e, como tal, deve ser justificada. No caso do precedente, a regra de direito ali materializada deve ser universal, na medida em que os argumentos empregados em sua fundamentação possam ser repetidos em um caso em que estejam presentes as mesmas circunstâncias relevantes do caso precedente.

De acordo com o princípio de objetividade, as cortes estão obrigadas a motivar suas decisões a partir de argumentos que sejam universais, ou seja, de argumentos passíveis de aplicação não apenas às partes do caso sob exame, mas a todos aqueles que se encontrem em situação idêntica e que poderão submeter e que poderão submeter seus conflitos ao Judiciário no futuro. O *stare decisis* representa uma concretização deste princípio. Neste sistema, os tribunais estão cientes de que, se escolherem aplicar uma determinada solução para os litigantes de hoje

⁸³ SCHAUER, Frederick. *Rules, the Rule of Law, and the Constitution. Constitutional Commentary*, p.69.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo*, p. 109.

poderão ser obrigados a aplicar a mesma solução para todas as demandas idênticas que venham a surgir. Por isso, desencoraja os magistrados de decidir com base em argumentos que não desejem aplicar a todos aqueles que se encontrem em uma mesma situação.⁸⁵

De outro lado, resulta imperioso perceber, também, que a doutrina da obediência aos precedentes em nada impossibilita a existência de leis escritas. Os precedentes podem e devem versar sobre a interpretação das leis e das questões de Direito, sejam elas escritas ou não.

Assim também, os precedentes podem possuir ou não efeitos vinculantes. Se os possuírem, desempenharão a função de fonte formal do Direito. No entanto, ainda que não tenham tal efeito, servem para fornecer subsidio para a argumentação das partes, para a motivação das decisões judiciais, e possibilitam, ao longo do tempo, a consolidação do entendimento sobre determinada matéria.⁸⁶

Depois do exposto, é interessante destacar que, apesar das diferenças e aproximações, já notadas, entre o *common law* e o *civil law*, atualmente não existe dúvida de que, no *civil law*, os juízes desempenham um novo papel a respeito da criação do Direito. Assim, os precedentes vinculantes mostram-se compatíveis tanto com os sistemas jurídicos do *common law* quanto do *civil law*. Aliás, muito mais do que um mero efeito das decisões, a vinculação das razões das decisões judiciais tornou-se instrumento imprescindível à defesa do Estado de Direito e da própria ordem constitucional que o constitui, em qualquer sistema jurídico.

⁸⁵ “Under the participle of objectivity, courts are obliged to reason from propositions that are universal, that is, propositions the courts are ready to apply not merely to the parties to the immediate dispute, but to all similarly situated disputants who may come before them in the future. Stare decisis gives effect to this concept too. Under stare decisis a court is on notice that if it chooses to apply a given proposition to resolve a dispute between these litigants today, it may be obliged to apply the same proposition to all similarly situated disputants in the future. Thus stare decisis discourages a court from deciding cases on the basis of propositions it would be unwilling to apply to all similarly situated disputants”. (EISENBERG, MELVIN Aron. *The nature of the Common Law*, p. 47-48).

⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 66.

Efetivamente, um dos objetivos de um Estado Democrático de Direito é ser imprescindível a busca de segurança jurídica. Consequentemente, não existe problema em se procurar essa segurança jurídica no respeito aos precedentes já que, como foi dito, não existe incompatibilidade entre *civil law* e precedentes. A vinculação dos entendimentos emitidos pelas Cortes Supremas há muito tempo deixou de ser exclusividade dos países do *common law*.

Desse modo, o respeito aos precedentes é uma prática aceita por quase todos os países,⁸⁷ ainda que a França não reconheça expressamente esta realidade. Mais do que isso, os países de *civil law* foram capazes de adaptar a teoria dos precedentes para respeitar a sua própria tradição, que é a interpretação das leis. Em nenhum momento, porém, o ordenamento jurídico dessas nações foi prejudicado ou deixou de ser eficaz. No sistema peruano, arraigado nos dogmas do *civil law*, o respeito aos precedentes obrigatórios não foi uma questão tradicionalmente estudada. A concepção vem sendo paulatinamente alterada. O constitucionalismo, como apontado, é o principal fator de arranque dessa mudança.

Finalmente, efetuada uma análise geral sobre o uso dos precedentes, merece importância fazer um estudo sobre a teoria do *stare decisis* assim como dos elementos que o compõem, tema que será tratado no item seguinte.

2.3. Doutrina do *Stare Decisis*.

Atendendo a que nos países da tradição do *common law* as regras do Direito foram estabelecidas basicamente pelas decisões dos Tribunais, foi necessário constituir a doutrina do *stare decisis*. A expressão *stare decisis* deriva da frase latina: *stare decisis et non quieta movere*, que significa: “deixar quieto o

⁸⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: *Revista de Processo*, Ano 36, vol. 199, p. 140.

que já foi decidido e não alterá-lo”⁸⁸ Como a própria literalidade da proposição nos indica, o *stare decisis* se relaciona com a manutenção de suas decisões, com a estabilidade do sistema e entendimentos de forma a obter um ordenamento mais uniforme para todos.

Assim o *stare decisis* aceita o pensamento de que as decisões anteriores precisam ser seguidas quando as mesmas questões aparecem novamente em juízo, significando que os juízes do *common law* estão obrigados a seguir os precedentes.⁸⁹ No mesmo sentido, Eisenberg assinala que um precedente é concebido como lei principalmente porque é vinculante sob a doutrina do *stare decisis*, pois sob esse fundamento, uma corte é obrigada por seus próprios precedentes e por aqueles das cortes superiores em sua própria jurisdição.⁹⁰

Conforme MacCormick e Summers: “Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana”.⁹¹

Frisa-se que os precedentes têm sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*. No entanto, o *stare decisis* não se confunde com o *common law*, tendo surgido no curso de seu desenvolvimento, principalmente para dar segurança às relações jurídicas. Assim, o *stare decisis* apresenta sustentação especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade.⁹²

O pilar dessa teoria é a conservação e o respeito aos julgamentos anteriormente pronunciados por suas cortes, de forma que os julgamentos futuros venham a seguir aquilo já previamente estabelecido, compondo uma regra de uniformidade do sistema.

⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p. 160.

⁸⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p.12,13.

⁹⁰ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*, p.49.

⁹¹ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Introduction. Interpreting Precedents: a comparative study*, p. 11.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 100.

A obediência aos precedentes, enunciada pela doutrina do *stare decisis*, não deve induzir a conclusões antecipadas, pois essa técnica não se presta a transformar a atividade jurisdicional em uma atividade carente de racionalidade, na qual o julgador é mera peça de um sistema, quase que mecânico, de obtenção de decisões, através da vinculação deste às decisões já previamente formatadas. Assim, como já foi mencionada, a doutrina do *stare decisis* surgiu para combater e limitar os poderes do rei, ou seja, foi uma reação contra o Absolutismo, sendo que, em um segundo momento, passou a ser utilizada como um mecanismo para assegurar previsibilidade às decisões judiciais. O fundamental na doutrina dos precedentes é que ela não causa um engessamento do sistema, pois sua aplicação depende de uma problematização, sendo o ponto de partida de novos casos.⁹³

De outro lado, resulta imperioso que o juiz e o jurisdicionado conheçam o significado dos precedentes, e o significado dos precedentes esteja na sua fundamentação, quer dizer, nas razões pelas quais se decidiu, de certa maneira, ou nas razões que levaram a fixação do dispositivo.⁹⁴ Desse modo, Marinoni afirma que:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.⁹⁵

⁹³ SARRI, Guilherme. Algumas questões a respeito da Súmula Vinculante e Precedente Judicial. *Revista de processo*, Ano 36, vol. 199, p. 230.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 223.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 222.

Nesse sentido, é preciso entender que o precedente é composto por dois tipos de argumentos (ou razões): a *ratio decidendi*, que representa a tese jurídica formulada pela análise das questões de direito referentes ao caso concreto; e os *obiter dicta*, argumentos laterais ao argumento principal ou simples opiniões emitidas ao longo da análise do caso.⁹⁶

Corresponde, então, fazer uma abordagem, ainda que não aprofundada, sobre esses dois elementos importantes que fazem parte dos precedentes.

2.4. *Ratio decidendi*.

Nas palavras de Marcelo Alves Dias de Souza: “afora alguns pontos onde há certa concordância, a doutrina diverge – e muito – na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo de um precedente judicial”.⁹⁷ Conforme esclarece Cruz e Tucci: “[a] submissão ao precedente, comumente referida pela expressão *stare decisis*, indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos precedentes (*stare rationibus decidendi*).”⁹⁸ Dai deriva que a *ratio decidendi* é a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão,⁹⁹ podendo ser considerada o núcleo do precedente.¹⁰⁰

A definição de Séroussi aproxima-se desse entendimento. Para o autor, a *ratio* “não é senão a regra jurisprudencial fundamental, o cerne da decisão”. Já os

⁹⁶ TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p. 176,177.

⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 125.

⁹⁸ TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p. 175.

⁹⁹ Robert Summers afirma que o holding de um caso se diferenciaria não apenas de sua fundamentação, mas igualmente de qualquer regra geral ou princípio dele extraível. Enquanto o holding equivaleria a uma decisão específica sobre determinada questão, a regra ou o princípio constituiriam uma generalização formulada a partir dele. A este respeito ver: SUMMER, Robert S. *Precedent in the United States (New York State. Interpreting Precedents: A comparative study)* p. 386,387.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: *Revista de Processo*. Ano 34, nº 172, p. 131.

argumentos considerados *obiter dicta*, “embora não tenham caráter imperativo, permitem compreender a decisão graças às opiniões dadas pelos juízes “incidentemente”, na forma de digressões”.¹⁰¹

Segundo Cross e Harris a *ratio decidendi* é qualquer *rule of law* implicitamente ou explicitamente considerada pelo juiz como necessária para alcançar sua conclusão, tendo em conta a linha de razoamento por ele adotada, ou a parte correspondente às indicações dadas por ele ao jurado.¹⁰²

Na realidade, é frequente se diga que a doutrina do *stare decisis* significa que as cortes devem seguir o precedente existente no julgamento de um caso concreto. Na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* desses precedentes. Nesta dimensão, Marinoni ensina que:

Não há como esquecer que a busca da definição de razões de decidir ou *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a proporção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. No *common law*, há acordo em que a única parte do precedente que possui tal efeito é a *ratio decidendi*.

Desse modo, no *common law*, a *ratio decidendi* é extraída a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, na decisão do *common law*, se tem em foco a segurança dos jurisdicionados em sua totalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.¹⁰³

Ao ser o conceito de *ratio decidendi* essencial para o estudo da Teoria do Precedente Obrigatório, a primeira coisa que deve fazer o operador do Direito, ao analisar um precedente, é tentar identificar, distinguindo o que é *ratio* do que é

¹⁰¹ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*, p.34.

¹⁰² CROSS; Rupert e J.W.Harris. *El precedente en el Derecho Ingles*, p. 96

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 222.

dictum.¹⁰⁴ Em consequência, corresponde ao operador identificar claramente a *ratio decidendi*, para depois analisar as *dicta*. Desse modo, Marinoni esclarece porque é fundamental estabelecer que parte da sentença corresponda a *ratio decidendi*:

Não é difícil perceber a razão pela qual o *common law* sempre se preocupou em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Tal distinção se deve à valorização dos fundamentos da decisão, peculiar ao *common law*. Como neste sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar, com cuidado, a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.¹⁰⁵

Frisa-se que esta não é uma missão fácil, posto que os argumentos periféricos podem parecer diferentes aos distintos operadores que considerem um mesmo precedente, pela própria definição dos limites da *ratio decidendi*. Portanto, resulta imprescindível a compreensão e a distinção do que seja o núcleo vinculante de uma decisão ou mero *dictum*, o precedente se aperfeiçoa na aplicação das cortes na resolução dos casos semelhantes. Desse modo, isso “só ocorre após sua atuação a casos futuros, por meio dos quais, paulatinamente, a corte que o criou apontará com maior clareza e precisão quais são as suas razões de decidir e quais são os argumentos meramente retóricos”.¹⁰⁶

Por outra parte, verifica-se que os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores desempenham um papel fundamental na formação do precedente:

São as cortes superiores pela criação de um precedente a ser obrigatoriamente seguido, são os juízes e tribunais de instancias inferiores, na

¹⁰⁴ Segundo Rupert Cross a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é muito antiga. De fato em 1673 o juiz Vaughan em uma sentença anuncia esta distinção. (CROSS; Rupert e J.W.Harris. *El precedente en el Derecho Ingles*, p. 63)

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 233.

¹⁰⁶ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos Precedentes*, p. 149-165.

aplicação dos precedentes, que estabelecem os contornos da *ratio decidendi* ou holding destes. São os juízes e tribunais que, no exercício da atividade interpretativa, apontam, de início, o que é razão de decidir e o que é comentário lateral (*obiter dictum*) de um precedente, aplicando-o conforme essa interpretação.¹⁰⁷

Nesse sentido, a *ratio decidendi* não é pontuada ou individualizada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior ao examinarem-na como precedente, extrair a “norma legal”, que poderá incidir ou não na situação concreta.¹⁰⁸

2.5. *Obiter dictum*.

Acontece que nem todas as razões expostas em uma decisão judicial são imprescindíveis para a sua compreensão, pois existem alguns argumentos que são suplementares a opinião do julgador e não são essenciais para a estruturação da decisão, esses argumentos são conhecidos na doutrina de *obiter dictum*.

Segundo Taruffo, *obiter dictum* está formado por todas as afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, sendo úteis para a compreensão da decisão, não constituindo parte integrante do fundamento da decisão.¹⁰⁹

Pode-se dizer, então, que constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do

¹⁰⁷ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos Precedentes*, p. 159.

¹⁰⁸ TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*, p. 123.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: *Revista de Processo*, Ano 36, vol. 199, p. 145,146.

colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes.¹¹⁰

Nessa dimensão, *obiter dictum* terá, em regra, eficácia persuasiva, isso de acordo com a força de seus fundamentos. Seu peso possuirá, simultaneamente, diversas questões de direito, uma determinada afirmação da corte, percebida como *obiter dictum* pode se consolidar, posteriormente, como um *holding* alternativo. Além disso, os tribunais podem atribuí-lhe algum valor impositivo quando houver evidência de que resultou de um exame especialmente atento da corte, ainda que não fosse necessário à decisão.¹¹¹

Frisa-se que efetuar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é imprescindível no sistema de *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a resolução de casos futuros.¹¹²

2.6. Alicerces para um sistema de precedentes.

A aplicação de um sistema de precedentes gera uma série de vantagens e constitui um importante instrumento para a solução de inúmeros problemas que abarrotam o Poder Judiciário.

Por isso, é fundamental que os tribunais sigam, em casos semelhantes, as decisões de casos anteriores. O conhecimento de um precedente torna previsível qual será a solução do caso concreto. Assim, os indivíduos podem ordenar suas condutas e os advogados podem aconselhar seus clientes, pois já existe uma previsão de como as questões seriam resolvidas judicialmente.

¹¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 125.

¹¹¹ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*, p.385. Ver também: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 141.

¹¹² ABBoud, Georges. Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*, p. 516.

Frisa-se que a função mais importante das leis é nortear as condutas sociais das pessoas e da Administração Pública, pelo que as regras devem ser claras, evitando confusão ou dúvida a respeito do significado de uma norma, para que os indivíduos possam pautar suas ações de acordo com o Direito.¹¹³

Nesse sentido, o papel dos tribunais é essencial. É preciso aplicar o Direito de forma uniforme para que a população tenha confiança de que as escolhas que faz, pautadas na lei, serão protegidas pelo Judiciário.

2.6.1. Previsibilidade.

A previsibilidade proporciona confiança a seus destinatários, proporcionando-lhes os elementos suficientes para que possam conhecer quais são as regras estabelecidas e como essas regras serão aplicadas, dessa forma eles poderão adequar suas condutas de acordo com o Direito. Nesse respeito Marinoni aponta:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.¹¹⁴

¹¹³ Marinoni explica que “a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada”. A este respeito ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p.124.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: _____ (Coord.). *A Força dos Precedentes*, p. 212

Cabe esclarecer que a previsibilidade está presente no *common law*, contudo, isso não quer dizer que em um sistema de *civil law* a insegurança seja admitida, como adverte Luiz Guilherme Marinoni:

E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de *common law* e não ao de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança.¹¹⁵

Qualquer sistema jurídico que tenha como fundamento o Estado Constitucional tem o dever de zelar pela segurança jurídica outorgando previsibilidade¹¹⁶ ao jurisdicionado e, “para que exista segurança jurídica, há que se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade”¹¹⁷, afinal, um indivíduo somente pode confiar naquilo que pode prever.

Da mesma forma, a aplicação estável e segura do Direito outorga a possibilidade do jurisdicionado poder planejar suas condutas, e saber o que esperar do Judiciário perante de seus conflitos concretos. Desse modo, o julgamento de demandas é concretizado de forma consciente e calculado, diminuindo-se as inúmeras demandas infundadas.¹¹⁸

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: _____ (Coord.). *A Força dos Precedentes*, p. 217.

¹¹⁶ A certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 237).

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: _____ (Coord.). *A Força dos Precedentes*, p. 218.

¹¹⁸ “A previsibilidade obviamente depende da confiança. Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 137).

2.6.2. Estabilidade.

A estabilidade é um elemento de incontroversa importância para qualquer sistema jurídico, sendo o respeito aos precedentes um dos fatores a contribuir para que ela seja alcançada, como destaca Marinoni:

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.¹¹⁹

Desse modo, um Direito estável é salutar para qualquer país. A instabilidade, com regras de Direito constantemente reformuladas e aplicadas de maneira inconsistente, prejudica muito a confiabilidade no sistema.¹²⁰

Infelizmente, a instabilidade do Direito parece já fazer parte da tradição peruana. A mesma coisa acontece no plano jurisprudencial, pois, no Peru, a sorte dos litigantes está exposta às constantes mudanças das composições dos juizados e das mudanças de entendimentos decorrentes disso.

Torna-se evidente que a obediência aos precedentes é um fator que pode contribuir na estabilidade do sistema jurídico peruano. Assim também, pode-se oferecer aos cidadãos um senso de confiança, por provocar a consolidação de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas.

Nessa dimensão, os precedentes vinculantes, além de trazerem estabilidade ao sistema, geram certeza ao ordenamento, tornando-o confiável ao

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: _____ (Coord.). *A Força dos Precedentes*, p. 218.

¹²⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 298.

cidadão que pode prever e planejar suas condutas, conforme as regras que compõem o sistema jurídico vigente.

2.6.3. Igualdade.

A doutrina do *stare decisis* exerce o importante papel de possibilitar a emissão de decisões semelhantes para casos semelhantes e evitar qualquer desigualdade arbitrária em prejuízo do jurisdicionado e da própria administração de justiça. É importante destacar que os casos semelhantes serão, necessariamente, para sempre, julgados da mesma forma. De fato, as mudanças de orientação são possíveis, mas serão necessárias argumentações específicas que enfrentem, fundamentadamente, a questão e mostrem que uma decisão diferente seria mais justa.¹²¹

Por outro lado, é importante destacar que o Poder Judiciário, para ser fiel ao Estado Constitucional, tem de oferecer igualdade diante de suas decisões e tem também o compromisso de possibilitar o pronto reconhecimento de qual é o Direito para determinadas situações jurídicas, mantê-lo estável e proteger a confiança depositada nas suas decisões.¹²²

Desse modo, não basta que a lei seja igual para todos, ela deve ser aplicada de forma que igual aos sujeitos em uma mesma situação jurídica, ou seja, receber o mesmo tratamento jurídico. Assim, a uniformidade das decisões do Judiciário garante que litigantes em uma mesma posição processual sejam tratados com igualdade.

Efetivamente, não basta que exista uma lei atribuindo igualdade aos jurisdicionados perante o processo judicial. É necessário que o Poder Judiciário garanta, efetivamente, a igualdade, outorgando o mesmo tratamento a casos

¹²¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 308.

¹²² MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovidio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. In: *Revista de Processo*, Ano 36, vol. 199, p. 87.

semelhantes, oferecendo a igual resposta aos casos que apresentem as mesmas circunstâncias, atribuindo ao precedente obrigatório autoridade e dando efetividade às decisões judiciais.

Portanto, pode-se garantir estabilidade, previsibilidade e, sobretudo, igualdade, aceitando-se a efetiva vinculação das decisões judiciais.

Do que foi colocado, verifica-se a importância do Poder Judiciário respeitar seus precedentes, de modo que o jurisdicionado tenha segurança jurídica quanto à legalidade ou ilegalidade dos negócios que realiza, em consonância com os termos da *norma legislada* e da *norma julgada*. Se, por outro lado, o Poder Judiciário admite a dispersão de entendimentos, todo negócio acaba se transformado num labirinto, pois o cidadão sabe como entra, mas jamais tem a certeza de como sairá e se sairá.¹²³ Em outras palavras, o respeito aos precedentes funciona como uma bússola a guiar o caminho dos jurisdicionados. O desrespeito, por outro lado, importa em deixá-los totalmente desorientados.¹²⁴

Assim, a valorização e o respeito aos precedentes importa em mudar o cenário de intranquilidade atual para gerar previsibilidade e garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados, o que acaba por interferir diretamente na confiança interna e externa, e, por conseguinte, no desenvolvimento do país.¹²⁵

¹²³ “Se dois jurisdicionados propõem duas demandas envolvendo casos análogos, é de se esperar, em princípio, que recebam respostas iguais do poder Judiciário. Na hipótese de receberem respostas desiguais, torna-se indispensável o funcionamento de mecanismo assecuratório para que se conheçam os motivos da diferença de tratamentos e, ainda, que se identifiquem as peculiaridades em virtude das quais, um deles, por exemplo, teve acolhida a sua pretensão e o outro não”. (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O Binômio Repercussão Geral e Súmula Vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*, p. 682).

¹²⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*, p. 574.

¹²⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*, p. 576.

III. SUPERAÇÃO E REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES.

Na Inglaterra, os tribunais ficaram, durante muito tempo, inseguros a sobre a possibilidade de revogar seus próprios precedentes. Nem mesmo a *House of Lords* era capaz de formar uma linha de raciocínio coerente em seus julgamentos, e que fosse capaz de dirigir as Cortes a ela subordinadas a respeito dessa possibilidade, tendo se pronunciado que os precedentes deveriam ser mantidos mesmo quando constatadas falhas jurídicas e processuais, com a finalidade de preservar a segurança jurídica dos futuros litigantes, declarando, consequentemente, sua imunidade à revogação do autoprecedente.¹²⁶

No entanto, foi em 1966 que a *House of Lords* foi autorizada a revogar seus precedentes quando isso lhe parecesse correto.¹²⁷ Desse modo, os precedentes deixaram de ser imutáveis.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América, a flexibilização da teoria dos precedentes obrigatórios é algo mais corriqueiro. Como afirma Duxbury, nunca houve uma aplicação extremista do *stare decisis*, tanto que é normal que os juízes deixem de seguir determinados precedentes, sem que essa relativa facilidade indique violação ou enfraquecimento da sua força vinculante, uma vez que, ao optar por não seguir determinado precedente, o juiz deve justificar suas razões.¹²⁸

Portanto, os precedentes podem, e às vezes devem, ser superados, Todavia, as alterações devem ser justificadas e, de certa forma, anunciadas, para que não sirvam para causar desigualdades e injustiças àqueles que depositaram confiança no conteúdo da norma, conteúdo este proclamado pelo ente legitimado a fazê-lo – o Poder Judiciário. Desse modo, a alteração de um precedente pode

¹²⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 124,125.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p.191.

¹²⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 111.

dar-se sempre que a alteração evite a injustiça de um caso concreto e o devido desenvolvimento do Direito.¹²⁹

Em consequência, a revogação de um precedente só é possível quando evita um mal maior que a sua manutenção, e não para servir a qualquer critério de vaidade ou insubordinação de um julgador.

No mesmo sentido, a recusa injustificada e desfundamentada de um juiz a seguir um precedente pode ser equiparada à recusa ao cumprimento de uma obrigação moral. Ou seja, até se admite o seu descumprimento, desde que sejam apresentadas razões suficientes.

Contudo, o sistema de revogação de precedentes, criado nos países adeptos do *common law*, demonstra-se complexo, quando comparado à realidade dos tribunais em países de *civil law*. Tal complexidade pode ser explicada em virtude da existência de uma doutrina rígida de adesão aos precedentes (*stare decisis*), o que faz com que as exceções a essa regra devam ser minuciosamente justificadas, pois, caso contrário, não haveria razão em se falar em um sistema de precedentes obrigatórios.

3.1. O *Distinguishing*.

A técnica do *distinguishing* consiste em confrontar os elementos essenciais dos casos, o que permite verificar a viabilidade da aplicação do precedente ao caso atual, por serem portadores de *rationes decidendi* semelhantes e, assim, reclamarem a mesma regra de direito para a solução do caso. Ao mesmo tempo, permite que se verifique a existência de diferenças relevantes entre as situações

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2 ed., p.191.

de fato e as razões de direito que justifiquem a recusa na aplicação do precedente que, teoricamente, carregaria a norma jurídica aplicável ao caso.¹³⁰

Conforme Duxbury, o “*distinguishing* expressa a distinção entre casos para efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”.¹³¹ Desse modo, a técnica do *distinguishing* permite que a regra sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. O tribunal faz referência ao precedente e diz que este seria literalmente aplicável ao caso que deve ser julgado. Entretanto, por causa de uma peculiaridade que existe neste caso e não existia no outro, a regra deve ser formulada para se adaptar a esta circunstância.¹³²

Para Eisenberg, *distinguishing* consiste na recusa à aplicação de um precedente a um caso atual, em decorrência de peculiaridades deste, as quais impedem a convergência entre os fatos relevantes e a conformação da fundamentação utilizada no caso predecessor ao caso atual.¹³³

Na concepção de Duxbury, o *distinguishing* consiste, principalmente, na aplicação limitada do precedente, a qual se dá de acordo com a convergência dos fatos materialmente relevantes e em função de determinadas hipóteses, tais como: i) conflito com normas emanadas de outros precedentes; ii) existência de regra vinculante baseada em evidente erro inadvertido; iii) reconhecimento de situações em que a corte prolatora visivelmente não queria abranger quando fixou a regra; iv) verificação de existência, no caso a ser decidido, de particularidades fáticas que justificam o tratamento diferenciado.¹³⁴

O autor entende que se devem separar os fatos que constituem a *ratio decidendi* daqueles que constituem *obiter dictum*, separando os fatos relevantes para a decisão; a fim de demonstrar porque a *ratio* do caso precedente não se

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 327.

¹³¹ “Distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another”. (DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 113).

¹³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. In: *Revista de Processo*, Ano 34, nº 172, p. 136.

¹³³ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*, p. 186.

¹³⁴ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 113, 114.

aplica satisfatoriamente ao caso atual. A diferença entre dois casos pode se dar em diversos níveis, o que sugere admitir que a aplicação do precedente pode ser mais ou menos ampla, dependendo da multiplicidade de fatores envolvidos. Dessa forma, pode-se dizer que o *distinguishing* representa uma espécie de divergência parcial, com vistas a adaptar o que foi decidido no precedente ao caso atual, advertindo as referidas diferenças.¹³⁵

Contudo, a técnica tanto pode ser utilizada para limitar a aplicação de um precedente quanto para estendê-la, isto acontece, quando o caso posterior apresenta fatos adicionais, além daqueles que são congruentes entre o precedente e o caso em julgamento, há necessidade, então, de se reelaborar a *ratio decidendi*, a fim de que ela compreenda também essas situações adicionais, mas o *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que se chegou no precedente aplicado.¹³⁶ Nesse sentido, Marinoni esclarece que:

A ideia de extensão ou de incremento do precedente exige a consciência de que se aplica o direito impresso no precedente a caso constituído por elementos fáticos que se agregaram aos tomados em consideração no caso anterior.¹³⁷

Salienta-se que, para aplicação da técnica do *distinguishing*, não basta ao juiz assinalar a existência de fatos diferentes. O juiz deve justificar a existência de uma distinção material. Esta distinção fática deve manifestar uma justificativa convincente que permita a não aplicação do precedente.¹³⁸

Evidencia-se, nesse ponto, a relevância da delimitação da *ratio* de um julgado, da sua fundamentação e do apontamento, no corpo da decisão, das situações fáticas que levaram à construção das premissas jurídicas que originaram a proposição jurídica do caso precedente. Conforme assevera

¹³⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 115.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 330.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 329.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 331.

Marinoni, “[o] precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos”.¹³⁹

Como ensina Marinoni, é interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de admitir o desenvolvimento do Direito, considerando as novas realidades e as situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda necessário e suficiente para tratar das situações que considerou desde sua origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que pode ser aplicado, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito.¹⁴⁰

De outro lado, Souza assevera que o uso exagerado da técnica do *distinguishing* pode afetar o princípio da isonomia e pode levar a falência do sistema:

O poder de distinguir é importante –não se nega– como meio de dar flexibilidade ao sistema e fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gigante, o princípio de isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado.¹⁴¹

Com efeito, o juiz deve agir com prudência, pois o *distinguishing* não outorga poder ao juiz de desobedecer a precedentes que não lhe convêm. Na mesma perspectiva, Marinoni adverte que “o precedente perde naturalmente a sua

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 329.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 332.

¹⁴¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 145.

autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade".¹⁴²

3.2. Revogação dos precedentes (*Overruling*)

A doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega às decisões dos casos anteriores. Por tal fato, se aceita, em muitos casos, que os juízes se apartem do que consideram incorreto e possam revogar os precedentes. Portanto, a principal razão para se recusar a aplicação do precedente e preferir sua revogação, é o entendimento de que o precedente judicial veicula uma decisão errada.¹⁴³

Nas palavras de Duxbury: "quando os juízes revogam um precedente, eles estão recusando-se a segui-lo e declarando que, pelo menos, quando se depararem com fatos materialmente idênticos ao caso em tela, uma nova regra deve ser formulada."¹⁴⁴

Ao considerar a revogação de um precedente, a corte deverá cotejar os fundamentos para promovê-la com os custos relativos: (i) à segurança dos cidadãos que confiaram no julgado anterior, (ii) à quebra da isonomia entre os jurisdicionados, (iii) às consequências que a medida gerará para a administração da justiça e sua eficiência, (iv) ao seu impacto sobre a credibilidade do tribunal.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, p. 328.

¹⁴³ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 117.

¹⁴⁴ "When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least, where the facts of a case materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead." (DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*, p. 117).

Se, em tal confronto, se verificar que os benefícios superam os prejuízos, concluir-se-á em favor da mudança.¹⁴⁵

Imperioso ressaltar que, ao se tratar de precedentes obrigatórios em um ambiente de *stare decisis*, é possível sobressair duas formas: o precedente vertical, que é aquele que obriga, em razão de sua superioridade hierárquica, ou seja, em razão de ter sido proferido por uma Corte relativamente superior à outra, sendo vinculante em relação às decisões desta Corte; e o precedente horizontal, ou autoprecedente, que consiste na decisão anterior proferida pela própria Corte.¹⁴⁶

Essa observação é importante no que diz respeito à impossibilidade de uma Corte hierarquicamente inferior realizar o *overruling* de um precedente de uma Corte superior, o que não impede que esta se desobrigue da utilização do precedente ao realizar o *distinguishing*, ou, simplesmente, alegar que não há conexão entre as *rationes* dos casos, sendo que a definição depende, em grande parte, do empenho dos advogados interessados na aplicação ou não do precedente.¹⁴⁷

Com respeito à revogação do autoprecedente, a Corte deve considerar alguns requisitos que são: i) a Corte deve estar convencida de que o novo posicionamento acerca da questão tratada pelo precedente significará uma evolução no direito; ii) não será revogada decisão quando, muito embora o contexto atual aponte para uma solução mais adequada, o contexto da decisão não permitia tal solução (o erro de julgamento deve recair sobre algum princípio fundamental, evitando-se, assim, a revogação em decorrência de, por exemplo, modificação no quórum de julgamento); iii) a revogação não pode recair sobre precedente amplamente utilizado pelos cidadãos para orientar suas condutas sem que haja forte razão para isso, a fim de preservar-se a confiança dos

¹⁴⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 238.

¹⁴⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, p. 57.

¹⁴⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, p. 57,58.

jurisdicionados; iv) deve-se observar se o precedente não serviu de base para a promulgação de lei, constituindo presunção de validade do direito declarado; v) a revogação não deve recair sobre alguma questão que não tenha interesse prático, mas tão somente acadêmico.¹⁴⁸

Segundo Mello, basicamente, existem duas razões para se revogar um precedente: sua incongruência social e sua inconsistência sistêmica. A primeira alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais, corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.¹⁴⁹

A consistência sistêmica designa a ideia de harmonia entre as diversas regras que compõem um mesmo ordenamento jurídico. Se o Direito possui uma unidade, os preceitos que o compõem devem ser compatíveis entre si e, por isso, interferem reciprocamente com seus conteúdos.¹⁵⁰

Desse modo, um dos princípios básicos para que exista revogação de um precedente, como apresentado, é que a revogação não estabeleça um elemento surpresa capaz de comprometer a confiança depositada pelo cidadão, no ato estatal e, por conseguinte, no próprio sistema. Assim, “determinado entendimento deve ser revogado se, mas somente se, as vantagens de tornar a regra socialmente congruente e sistemicamente consistente forem maiores do que os custos de não atender aos valores que fundamentam a estabilidade jurisprudencial e o *stare decisis*”.¹⁵¹ Nesse sentido, existe previsibilidade no sentido inverso, no sentido de que o precedente será revogado. Desse modo, a garantia de previsibilidade, oriunda da força obrigatória dos precedentes, não constitui

¹⁴⁸ CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. *Precedent in English law*, p. 140-142.

¹⁴⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 237.

¹⁵⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 238

¹⁵¹ “Such a doctrine should be overruled if, but only if, the advantages of making the legal rule socially congruent and systemically consistent outweigh the costs of not serving the values that underlie doctrinal stability and *stare decisis*”. (EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*, p. 122).

obstáculo à revogação de precedente com base em alteração da compreensão geral sobre questão de direito.¹⁵²

Ao contrário, quando da análise da *ratio decidendi*, o julgador percebe que ela não pode mais persistir diante da realidade concreta, uma vez que a aplicação do precedente apresenta-se como uma regra socialmente inconsistente e sistematicamente incongruente; em outras palavras, apesar de os fatos postos a julgamento serem idênticos aos fatos contidos na *ratio decidendi*,¹⁵³ a solução por ela emanada não é mais capaz de imprimir justiça ao caso sob julgamento. O julgador, então, expõe, fundamentalmente, sua conclusão, apontando as razões que levam o precedente à incongruência social e à inconsistência sistêmica, porém, julga conforme o precedente. Entretanto, a constatação de que uma doutrina é socialmente incongruente ou sistemicamente inconsistente não basta para ensejar seu abandono no *common law*.¹⁵⁴ A superação de um precedente, nesse contexto, atenderá não apenas às razões de justiça invocadas pela corte para tal fim, mas, igualmente, as razões de segurança jurídica iminentes ao *stare decisis*, porque será possível o restabelecimento da previsibilidade, da isonomia, da eficiência, e da credibilidade dos tribunais.¹⁵⁵

No que diz respeito à declaração da revogação, observa-se que esta pode ser classificada como explícita ou implícita. Admite-se que um precedente foi implicitamente revogado quando, do resultado de determinado julgamento, for possível depreender que a decisão precedente a ele foi revogada, sem que isso conste expressamente dos seus termos, sendo possível, também, que a revogação implícita recaia apenas sobre determinada questão abordada sob

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e a força obrigatória dos precedentes. In: *Revista de processo*, Ano 35, nº 184, p. 26.

¹⁵³ Para SCHAUER, descrever e classificar adequadamente os fatos, de maneira a tornar visível a separação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é essencial para que o juiz do caso posterior possa definir claramente as similitudes entre este e o precedente, e principalmente entre os fatos que embasam o caso atual e o precedente; constitui, de outro lado, fator fundamental para que se escolha de maneira racional pela aplicação ou recusa, parcial ou total, do precedente. (SCHAUER, Frederick. Precedent. In: *Stanford Law Review*, February 1987, p. 5).

¹⁵⁴ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*, p.104 e ss.

¹⁵⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, p. 240.

determinado ponto de vista, sem que isso afete o tratamento dispensado às demais questões, objeto do julgamento, ou sobre diferentes pontos de vista nele expostos.¹⁵⁶

Sublinha-se que, mais do que apenas construir nova regra jurídica no lugar de regra anterior considerada errada, o *overruling*, à semelhança do *distinguish*, representa o esforço dos tribunais em afastar a obsolescência do precedente, de maneira a mantê-lo sempre atual, como reflexo do direito vigente. Frisa-se que a revogação de precedentes em nada afeta a confiança em um sistema de precedentes, e isso é claramente explicado por Marinoni.

Teme-se que a revogação do precedente possa gerar insegurança ou perda de confiança em outros precedentes. No entanto, quando os precedentes são revogados com base em critérios que também são reafirmados e respeitados, torna-se possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado, e isso ocorre exatamente quando o precedente deixa de ter sustentáculo nas proposições sociais e se torna inconsistente e, além disso, não há justificativa para sua preservação em face dos fundamentos de estabilidade. Um precedente controverso costuma ser tratado nos trabalhos doutrinários e as distinções inconsistentes evidenciam a sua fragilidade. Tanto a crítica doutrinária, quanto a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, de modo que o *overruling*, nessas condições, certamente não elimina a confiança nos precedentes judiciais.¹⁵⁷

Percebe-se, contudo, que a superação de um precedente não significa, jamais, a ingerência na coisa julgada formada *interna corporis* no processo formador daquele precedente. Isso implica dizer que, mesmo sendo verificado que determinado precedente se encontra juridicamente equivocado, sendo essa a razão de sua revogação, o caso que foi julgado com base naquele precedente, ou ainda, o caso que gerou aquele precedente tido como equivocado não pode ser

¹⁵⁶ CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. *Precedent in English law*, p. 128.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 401

atingido por essa nova decisão. As coisas julgadas formadas interiormente jamais serão atingidas pela revogação de um precedente, até porque a revogação de um precedente deve ser entendida como o rompimento daquela força obrigatória que decorria da *ratio decidendi* de determinado julgado, nunca como a revogação do próprio julgado.

3.2.1. Efeitos da revogação dos precedentes: *Prospectivo e retroativo*.

Uma questão importante para os juristas do *common law* diz respeito à eficácia temporal da decisão que revoga um precedente e que estabelece uma nova regra que deve ser respeitada, pois essa nova regra afetaria, de um modo ou de outro, fatos e atos jurídicos já realizados sobre a base do entendimento anterior.

A revogação de um precedente, na tradição do *common law*, em regra, tem efeitos retroativos. Isso significa admitir que a regra estabelecida no precedente revogado estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito.¹⁵⁸ Desse modo, a nova regra estabelecida como consequência da revogação será aplicada a todas as relações ocorridas antes da decisão revogada.¹⁵⁹ Nessa perspectiva, Souza explica que:

na Inglaterra, como herança da teoria declarativa do precedente, que defende a preexistência do Direito à decisão judicial, a revogação de um precedente tem, salvo raríssimas exceções, efeitos retroativos. Diferentemente dos Estados Unidos onde, fruto de certo modo do realismo jurídico americano, que defende a criação judicial do Direito, os tribunais desenvolveram outras maneiras de aplicação do precedente revogador, a traves dos quais ele não tem, necessariamente, efeitos retroativos (apesar de eles serem, ainda a regra).¹⁶⁰

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 421.

¹⁵⁹ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*, p. 127.

¹⁶⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 157.

Com a revogação retroativa, se espera que a regra de direito considerada equivocada não seja aplicada a nenhuma relação jurídica que esteja em curso, mas, sim, que seja aplicada a nova regra de direito que surgiu da revogação. Nesse sentido, a retroatividade da revogação constitui garantia de que o precedente revogado não será aplicado na resolução de nenhuma relação jurídica.

Segundo Eisenberg a nova regra formulada e enunciada como consequência da revogação de um precedente pode ser difundida antes do seu anúncio como novo precedente. Isso justificaria a aplicação retroativa da regra de direito estabelecida em substituição daquela que foi revogada.¹⁶¹

No entanto, a prática americana tem mostrado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário *não* permitir a retroatividade da nova regra estabelecida na decisão que revogou o precedente. Nesse sentido, como já dito, se a doutrina ou os tribunais tenham advertido o equívoco do precedente ou apontado sua revogação, já não haveria confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham traçado os seus comportamentos de acordo com o precedente. Assim, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as relações anteriormente constituídas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser chamada de “confiança justificável”.

Efetivamente, existem casos em que o precedente pode deixar de corresponder aos valores que o inspiraram e se tornar inconsistente e tenha que ser revogado, mas em virtude da confiança justificável, não é razoável que os efeitos da sua revogação alcance situações passadas.¹⁶²

Nesse sentido a revogação prospectiva pode ser favorável, uma vez que, contribui com a preservação da confiança justificada dos litigantes, quando a

¹⁶¹ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*, p. 127.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 422.

doutrina em questão representa entendimento consolidado sobre determinado assunto, contribuindo também com a maior previsibilidade para os litigantes.¹⁶³

De outro lado, a revogação prospectiva pode-se aplicar quando a Corte tem razões para acreditar que determinadas regras serão revogadas legislativamente, evitando a diversidade de resultados oriunda do julgamento de casos acerca de eventos ocorridos antes da reforma da lei, e de casos julgados após a reforma, como aconteceria no caso de uma revogação retroativa.¹⁶⁴

Estabelecer os efeitos da revogação dos precedentes procura evitar prejuízo às partes que dependem dessas decisões, como também visa a que o estabelecimento da nova regra jurídica, por meio do precedente, preserve a confiança do jurisdicionado.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 423.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed., p. 423.

IV. CONFIGURAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO SISTEMA PERUANO

4.1. Breves apontamentos sobre o desenvolvimento histórico constitucional do Peru.

A história constitucional do Peru foi prodigalizada na promulgação de textos constitucionais e na incorporação nominal de instituições democráticas modernas, mas não na criação de uma consciência constitucional entre os cidadãos, nem no pleno exercício do poder com lealdade constitucional de seus governantes. Essas Constituições foram produzidas de acordo com as mudanças políticas e sociais da época, isso como consequência da carência de estabilidade política.¹⁶⁵

Com efeito, as Constituições não corresponderam à realidade que se pretendia regulamentar. Desse modo, não significaram uma efetiva resposta às necessidades de cada momento histórico.¹⁶⁶

Na sua vida republicana, o Peru teve 11 Constituições: as de 1823, 1826, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 e a atual Constituição de 1993. Cada uma delas foi considerada, na época, como revolucionária. No entanto, na maioria das vezes, essas Constituições não estiveram em consonância com a vida política e social da sociedade peruana, o que trouxe como consequência a limitação do seu desenvolvimento.

Com a Constituição de 1979, se criou o Tribunal de Garantias Constitucionais. Assim, também foi estabelecido o controle concentrado de constitucionalidade, a partir da experiência espanhola. Essa função de controle da

¹⁶⁵ LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 59.

¹⁶⁶ BLUME, Ernesto. El Tribunal Constitucional Peruano como supremo interprete de la constitución. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. n° 50, p. 137.

constitucionalidade foi encarregada ao Tribunal de Garantias Constitucionais. A esse Tribunal foram conferidas duas funções principais: (i) declarar leis inconstitucionais e (ii) emitir decisões de cassação das sentenças denegatórias do Poder Judiciário, sobre processos de *habeas corpus* e amparo¹⁶⁷, de acordo com o estabelecido no artigo 298 da referida Constituição.¹⁶⁸

Durante a vigência do Tribunal de Garantias Constitucionais, se tinha a ideia de que os ministros foram porta-vozes autorizados da Constituição, porque não conseguiram construir legitimidade social na opinião pública, enquanto órgão constitucional encarregado de atenuar e controlar os excessos do poder.¹⁶⁹

Em janeiro de 1993, instituiu-se o Congresso Constituinte Democrático e, durante seu funcionamento, pode-se dizer que se manteve um sistema constitucional flexível¹⁷⁰, onde não houve diferença entre as leis ordinárias e a Constituição, caracterizando-o como um governo sem objetivos constitucionais.¹⁷¹ Da mesma forma se procedeu ao elaborar-se um novo texto constitucional, o qual entrou em vigor em 30 de dezembro de 1993 e é a Constituição atualmente em vigor.

Nesse quadro constitucional flexível, se introduz o Tribunal Constitucional, com o apoio da maioria do Congresso. No entanto, a nova versão do Tribunal Constitucional não foi implementada no governo do Alberto Fujimori até junho de 1996, devido ao zelo do governo na concessão de poderes de controle para outras instituições.¹⁷² Note-se que, no começo, se tinha a intenção de limitar o controle da constitucionalidade das leis, pois, para declarar uma lei inconstitucional, eram

¹⁶⁷ LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 73.

¹⁶⁸ “Artículo 298. O Tribunal de Garantias Constitucionais tem jurisdição em todo o território nacional, sendo competente para: Declarar a inconstitucionalidade parcial ou total das leis, decretos legislativos, normas regionais de caráter geral e ordenanças municipais que violentem a Constituição na forma ou no fundo e, conhecer em cassação as resoluções denegatórias de *habeas corpus* e ação de amparo em sede judicial”.

¹⁶⁹ LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 74

¹⁷⁰ Para aprofundar o tema ver AGUILÓ, Josep. Sobre el Constitucionalismo y la Resistencia Constitucional. In: ALARCÓN CABRERA, Carlos e VIGO, Rodolfo. (Coord.). *Interpretación y Argumentación Jurídica: Problemas y Perspectivas actuales*, p. 11-36.

¹⁷¹ LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 74,75.

¹⁷² LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 78,79.

necessários seis votos favoráveis dos sete juízes, requisito poucas vezes alcançado.

Frisa-se, que a criação do Tribunal de Garantias Constitucionais, na Constituição de 1979, e o Tribunal Constitucional na Constituição de 1993 surgiram da desconfiança tradicional do Poder Judiciário em geral e, sobretudo, da Corte Suprema. Tal desconfiança foi baseada na observação histórica de que o Poder Judiciário peruano tinha sofrido falta de independência em relação aos outros poderes do governo.¹⁷³

O mesmo diagnóstico foi repetido na Constituição de 1993, embora a proposta inicial da maioria consistisse em que o controle da constitucionalidade repousasse em uma Sala da Corte Suprema. Afinal, prevaleceu a proposta de que o controle de constitucionalidade devia estar nas mãos de um Tribunal independente do Poder Judiciário. Assim, o professor Fernández Arce, no debate sobre Garantias Constitucionais, diante o Pleno Constituinte, justificou a criação do Tribunal Constitucional.¹⁷⁴

Com a criação do Tribunal Constitucional do Peru, o juiz constitucional não é apenas fiel vigilante da aplicação da lei, mas tornou-se o guardião da Constituição. O Tribunal Constitucional, portanto, tem a função de velar pelo estrito cumprimento da Constituição por todos os poderes do Estado e os demais órgãos, é responsável por designar aos poderes e demais órgãos o cumprimento formal e material da Constituição. Nesse sentido, o Tribunal trabalha ativamente no desenvolvimento do Estado, por meio de suas decisões judiciais, que

¹⁷³ LIENDO, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el ordenamiento jurídico. Condiciones y perspectivas*, p. 84.

¹⁷⁴ “Estoy convencido de que tiene que ser un órgano separado del Poder Judicial, porque esto requiere una especialidad y una independencia muy especiales. En segundo lugar, ¿Qué sucedería si este Tribunal fuera parte de la Corte Suprema –una sala Constitucional- y tuviera que revisar en casación resoluciones judiciales? ¿Contaría con la independencia necesaria para poder casar las resoluciones judiciales expedidas por otras salas de la Corte Suprema? Yo, sinceramente, creo que no (...) Efectivamente, en estos casos, creo que una Sala Constitucional que viera estos asuntos difícilmente podía ver con la independencia del caso; casar con dicha independencia resoluciones irregulares de la misma Corte Suprema”. (*Debate Constitucional Pleno*, [s.d.], p. 191).

interpretam o conteúdo das normas constitucionais e, conseqüentemente, declaram válida ou inválida uma lei ou decisão judicial.¹⁷⁵

Frisa-se que, atualmente, o Tribunal Constitucional é uma peça essencial para qualquer país. Nesse sentido, Cappelletti apresentou a jurisdição constitucional como “a resposta mais importante e mais promissora para um número crescente de nações que tentaram dar solução ao problema da opressão do governo”.¹⁷⁶ A partir desta perspectiva, o juiz constitucional torna-se um fiador contra o “inimigo” histórico das liberdades, que é o Estado.

4.2. Controle da Constitucionalidade no Sistema peruano.

A curta permanência das constituições no Peru caracteriza-o como um país instável e inseguro, já que na sua vida republicana o Peru teve onze constituições, estando vigente a Constituição de 1993. Isso deve levar-nos a refletir sobre a cultura constitucional, pois a maioria das Constituições anteriores serviu de quadro político em vez de constituir um quadro jurídico.

Assim, a Constituição é hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Essa supremacia constitucional significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade serve para relativizar o mito positivista da supremacia do legislador.¹⁷⁷

Para assegurar essa supremacia da Constituição, o ordenamento jurídico prevê um conjunto de mecanismos conhecidos por controle da constitucionalidade, a fim de considerar nulas as normas infraconstitucionais

¹⁷⁵ LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 82-84.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, ¿Renegar de Montesquieu? La expansión de la justicia constitucional. REDC, Nº 17. Madrid:cec, 1986, p. 13

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 204.

contrárias aos princípios e regras constitucionais.¹⁷⁸ A existência de um sistema de controle de constitucionalidade deriva da necessidade de conservação dos valores e princípios estabelecidos na Carta Maior, afinal constituem o alicerce do Estado e esse não teria sentido de existir, se a qualquer momento pudesse ser modificado.

Nessa perspectiva, mostra-se oportuna e indispensável a adoção, por parte do Estado, de um sistema de controle de constitucionalidade de suas leis, com a finalidade de resguardar a autoridade da Constituição. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assinala que:

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. (...). A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. (...). Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.¹⁷⁹

Dentro desse contexto, o sistema de controle da constitucionalidade das leis tem como função primordial a manutenção do ordenamento jurídico, a fim de garantir-lhe autonomia e segurança. Por essa razão, as normas constitucionais precisam ser respeitadas pelas normas inferiores para garantir segurança e estabilidade ao Estado.

¹⁷⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 209.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, p. 1,2.

No seguinte item, abordaremos, ainda que de forma sucinta, o controle difuso e o controle concretado de constitucionalidade e sua regulação e aplicação no sistema peruano.

4.2.1. Modelo de controle difuso ou modelo Americano.

No ano de 1803, a Suprema Corte Norte Americana, ao julgar o caso *Marbury versus Madison*, proferiu decisão histórica, ao reconhecer que aquele Tribunal tinha competência para exercer o controle da compatibilidade entre os atos dos demais poderes e a Constituição, podendo reputá-los nulos e sem efeito.¹⁸⁰ Nascia o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, o *judicial review*, subordinando a partir daquele momento todos os outros poderes do Estado norte-americano ao texto constitucional e estabelecendo o Judiciário como o seu intérprete legítimo.¹⁸¹

Segundo Cappelletti, no modelo de controle difuso da constitucionalidade, todos os órgãos judiciais, sejam inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seus julgamentos.¹⁸²

O controle de constitucionalidade difuso foi regulamentado no Peru, mediante o artigo 8º da Lei Orgânica do Poder Judiciário de 1963, e no artigo 236 da Constituição de 1979. Atualmente, o vigente texto constitucional peruano, em seu artigo 138, reconhece o controle difuso de constitucionalidade e assinala que: “Em qualquer processo, se existe incompatibilidade entre uma norma constitucional e uma norma legal, os juízes preferem a primeira. Da mesma forma, preferem a norma legal sobre toda outra norma de inferior hierarquia inferior”. No

¹⁸⁰ QUIROGA, Aníbal. El Derecho procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 389.

¹⁸¹ BLUME, Ernesto. El tribunal Constitucional peruano como supremo interprete de la Constitución. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 50, p.130,131.

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 76,77.

mesmo sentido, o artigo 14 da vigente Lei orgânica do Poder Judiciário e o artigo VI do Título Preliminar do Código Processual Constitucional, também fazem referência a esse controle.¹⁸³

Assim, se um jurisdicionado inicia um processo judicial e considera que uma norma viola alguma disposição da Constituição, pode solicitar que não seja aplicada essa norma. Da mesma forma, o juiz pode não aplicar a norma, sem necessidade de pedido de qualquer das partes, o que significa que o controle difuso em sede jurisdicional pode ser praticado a pedido de uma das partes ou oficiosamente.

O controle difuso, em sede jurisdicional, tem o seu próprio procedimento, porque as decisões proferidas pelos tribunais podem ser levantadas em consulta para sua observação perante a Sala Constitucional e Social da Suprema Corte para que emita pronunciamento sobre a questão. Tudo se encontra contido na Lei Orgânica do Poder Judiciário.¹⁸⁴

¹⁸³ “Como se puede apreciar el Código Procesal Constitucional peruano ha regulado este instituto de control de constitucionalidad tímidamente, de manera genérica, casi sin convicción, casi sin tener en consideración los antecedentes normativos, sobre el particular, y en forma asistemática, debido que este cuerpo normativo no ha mejorado, ni sustituido, ni derogado (al menos en una simple revisión el título XIII “Disposiciones transitorias y denegatorias”) el artículo 14 del TUO de la LOPJ, el cual se mantiene vigente, lo que produce un innecesario conflicto de interpretaciones. Es decir, en este aspecto, en vez de mejor se ha retrocedido.

En un análisis comparativo, como ya se ha visto, el artículo 14 del TUO de la LOPJ peruana es la norma que ha desarrollado la parte conceptual y procesal de manera adecuada a la *judicial review* o sistema de control difuso en el Perú, mucho más simple, clara y completa que aquella que hoy, trece años después, viene a brindar el novísimo Código procesal Civil.” (QUIROGA, Aníbal. El Derecho procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 391-392).

¹⁸⁴ “Artículo 14. Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

4.2.2. Modelo de Controle concentrado ou Austríaco.

O sistema concentrado de constitucionalidade também é chamado de sistema austríaco. Esse sistema foi adotado na Constituição de 1920 e foi Hans Kelsen quem elaborou esse modelo a pedido do governo austríaco. Esse controle de constitucionalidade conferiu à Corte Suprema e à Corte Administrativa austríacas o poder de requerer à Corte Constitucional a análise da lei cuja validade fosse prejudicial à solução de caso que deveria resolver. Os Tribunais Superiores austríacos, em caso de dúvida acerca da constitucionalidade da lei prejudicial ao julgamento de caso conflitivo, passaram a ser obrigados a requerer à Corte Constitucional a definição da sua constitucionalidade, vinculando-se ao seu pronunciamento, o mesmo sistema implantado em outros países da Europa, como Alemanha, Itália e Espanha. Esse controle se encontra reservado a um único órgão, a Corte Constitucional.¹⁸⁵

Desse modo, esse modelo de controle da constitucionalidade das leis caracteriza-se por confiar o controle a um único órgão especial, e sua determinação sobre a inconstitucionalidade de uma lei faz com que ela seja inaplicável.¹⁸⁶

A incorporação do controle concentrado na Constituição de 1993 nasce não só com grande desconfiança pelos poderes públicos, ao deparar que as regras que o Parlamento e o Poder Executivo emitem estarão sujeitas a controle, mas com receio, pois, a Corte Suprema deixa de ser a última instância judicial em questões constitucionais. No entanto, entendemos que muitos dos tribunais têm nascido no meio de situações análogas e em sociedades fechadas.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*, p. 770,771.

¹⁸⁶ BLUME, Ernesto. El Tribunal Constitucional Peruano como supremo interprete de la constitución. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. n° 50, p. 132.

A Constituição peruana estabelece, em seu artigo 201, que o Tribunal Constitucional é o órgão de controle da constituição,¹⁸⁷ sendo considerado, na prática, como o intérprete máximo da mesma. Desse modo, o Tribunal Constitucional é responsável por resolver, em instância única, os processos de inconstitucionalidade. A faculdade de iniciar um processo de inconstitucionalidade encontra-se limitada pela própria Constituição, e é ela quem nomeia, expressamente, os autorizados a iniciar esse tipo de processo.¹⁸⁸

Depois do exposto, pode-se ressaltar que existem alguns sistemas que têm adotado os dois modelos de controle de constitucionalidade, como é o caso do Peru, que atualmente mantém um modelo dual. Note-se que, até 1979, foi adotado um modelo americano de controle de constitucionalidade, que foi estabelecido com o Código Civil de 1936, com base no seu artigo XXII. Com a Constituição de 1979, foi estabelecido um antes e um depois, em termos de constitucionalidade. Assim, com a Constituição acima mencionada, estabeleceu-se aquilo que Garcia Belaunde chama de “modelo dual ou paralelo”, juntando-se ao lado do controle difuso existente, o controle concentrado. Nesse sentido Cambi afirma que:

O controle judicial da constitucionalidade das leis exerce função dupla, porque de um lado, permite que todo e qualquer cidadão, no controle difuso da constitucionalidade, defenda o seus direitos

¹⁸⁷ “Artículo 201: El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos para ser Vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación”.

¹⁸⁸ “Artículo 203: Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (1) el presidente de la República; (2) el Fiscal de la Nación; (3) el Defensor del Pueblo; (4) el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; (5) cinco mil ciudadanos con firmas legalizadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que éste porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; (6) Los presidentes de Región con acuerdo del consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia; y (7) Los Colegios Profesionales, en materias de su especialidad”.

fundamentais subjetivos e, outro lado, possibilita, pelos meios de controle concentrado da constitucionalidade, a proteção, a interpretação e o desenvolvimento dos direitos fundamentais objetivos.¹⁸⁹

Em virtude disso, o Tribunal Constitucional tem a função de ser o guardião último da Constituição, outorgando-lhe meios adequados para exercer a função.

4.3. Surgimento, aplicação e funcionamento dos precedentes vinculantes no Peru.

Como já mencionado, o Tribunal Constitucional foi criado com a promulgação da Constituição de 1993, sendo o seu antecessor o Tribunal de Garantias Constitucionais, incorporado na Constituição de 1979. O Tribunal Constitucional Peruano constitui-se em um órgão autônomo e independente, não devendo contas nem pertencendo a nenhum poder do Estado, e sua principal função é o controle concentrado das leis e a tutela dos direitos fundamentais em última instância.

O funcionamento do Tribunal Constitucional passou por quatro fases distintas, desde a sua instalação, em junho de 1996. A primeira fase foi “fundacional” que começou com a sua instalação e durou até junho de 1997, quando aconteceu a demissão arbitrária dos Ministros Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano, pelo Congresso. Com a remoção desses juízes começou a segunda etapa, a qual se caracterizou pelo funcionamento do Tribunal Constitucional com apenas quatro de seus membros, de modo que eles não poderiam resolver os processos de inconstitucionalidade que foram trazidos ante

¹⁸⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 209.

eles. Essa limitação e a constante interferência do governo na sua atuação jurisdicional motivaram a se falar de um Tribunal Constitucional “em cativeiro”.¹⁹⁰

A ação do Tribunal, realizada durante esse período, levou à frustração e ao ceticismo sobre a possibilidade real de que o Tribunal Constitucional possa assentar-se no Peru como um órgão promotor dos direitos nacionais e das instituições democráticas.¹⁹¹

A segunda etapa chegou ao fim em novembro de 2000, quando os três juízes demitidos foram reintegrados em seus cargos. Assim, começou a terceira fase, em que, embora o Tribunal contasse novamente com sete membros, ficou claro que alguns dos ministros que permaneceram no cargo tinham sido próximos do regime anterior. Por essa razão, podemos dizer que somente a partir de maio de 2002, quando quatro novos ministros foram nomeados, uma nova fase do Tribunal Constitucional começou, dessa vez mais ativista e inovador.

Na verdade, essa nova etapa do Direito Constitucional peruano ganhou nova vigor, graças à atividade do Tribunal Constitucional. Durante os primeiros anos da quarta etapa, o Tribunal Constitucional recebeu o reconhecimento da população, pois assumiu papel ativo na proteção dos direitos fundamentais e, por meio de seus julgamentos, contribuiu na consolidação e no retorno à democracia no país após a queda do regime de Fujimori. Assim, foram as primeiras decisões do Tribunal que ajudaram a consolidar sua nova imagem perante o cidadão. Nesse efeito, com a nova composição, o Tribunal realiza o julgamento Nº 010-2002-AI/TC, publicado em 3 de janeiro de 2003. Nesse julgamento, o Tribunal Constitucional emite pronunciamento a respeito da legislação do terrorismo, que já tinha recebido um pronunciamento da Corte Interamericana de São Jose de Costa Rica.¹⁹²

¹⁹⁰ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitución y Estado Democrático*, p. 295.

¹⁹¹ GRANDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*, p. 58,59.

¹⁹² Caso “Castillo Petruzzi y otros contra el Estado Peruano”.

No entanto, isso não significa que o Tribunal não foi alvo de críticas e, em mais de uma ocasião, teve que lidar com graves tensões com outros órgãos do governo. Uma das principais críticas feitas contra o Tribunal Constitucional apontou para seu ativismo e foi acusado de cometer alguns excessos. Essa última crítica foi recolhida pelo Ministro Juan Vergara Gotelli que, em seu discurso durante a abertura do ano judicial de 2009 e sua posse como presidente do Tribunal Constitucional, reconheceu que, no afã de conceder um mínimo de ordem constitucional às ações de organismos públicos ou privados, o Tribunal Constitucional havia cometido alguns excessos.¹⁹³

Claramente, o papel do Tribunal Constitucional tem sido substancialmente mais diverso, enriquecedor e claro do papel que desempenhou a própria Corte Suprema, como será discutido nos próximos parágrafos. O impacto do Tribunal Constitucional também foi reforçado com a emissão do Código de Processo Constitucional, através do qual foi possível unificar a legislação dispersa sobre os processos constitucionais.

Note-se que esse é o primeiro Código Processual Constitucional do Peru, e entrou em vigência mediante a Lei Nº 28237, publicada em 31 de maio de 2004, no jornal oficial “El Peruano”. O anteprojeto do Código Processual Constitucional foi elaborado por uma comissão de juristas e acadêmicos que atuaram por iniciativa própria durante vários anos. Em dezembro de 2003, um grupo parlamentar multipartidário fez seu anteprojeto e o apresentou ao Congresso, onde foi finalmente aprovado, depois de seguir o procedimento correspondente em diversas comissões, tendo, como resultado final, noventa por cento da proposta inicial.¹⁹⁴

Merece destaque a importante inovação que trouxe o referido Código, em relação à faculdade do Tribunal Constitucional, para emitir precedentes

¹⁹³ Discurso del magistrado Juan Vergara Gotelli con ocasión de la apertura del año jurisdiccional constitucional y de su juramentación como presidente del Tribunal Constitucional. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/discurso_presidente.html. Acesso em: 15 de maio de 2014.

¹⁹⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, p. 11 e ss.

vinculantes. Nota-se que a técnica do precedente é característica dos sistemas jurídicos da tradição do *common law*; no entanto, como referido, sistemas filiados à tradição do *civil law* não são mais tão alheios para as instituições de *common law*, especificamente no caso dos precedentes vinculantes. Assim, no artigo VII do Título Preliminar do Código Processual Constitucional, estabeleceu-se o seguinte:

As sentenças do Tribunal Constitucional que tenham autoridade de coisa julgada constituem precedente vinculante quando assim for expreso na sentença, indicando o extremo do seu efeito normativo. Quando o Tribunal Constitucional resuelva por se afastar do precedente, deve expressar os fundamentos de direito e de fato que sustentam a sentença e as razões pelas quais se afasta do precedente.

Desse modo, no Peru se adotou a possibilidade de emitir precedentes vinculantes, bem como se estabeleceu a possibilidade de gerar doutrina jurisprudencial (artigos VI e VII, último parágrafo do Título Preliminar do Código Processual Constitucional), e o Tribunal Constitucional tentou identificar algumas características que permitem diferenciar essas duas figuras, assim justificando a sua convivência no sistema.

A força vinculante da doutrina jurisprudencial do Tribunal Constitucional é baseada na posição do Tribunal como órgão supremo de interpretação e controle de constitucionalidade (artigo 1º da sua Lei Orgânica), uma classificação que, embora não conste explicitamente na Constituição 1993, pode ser derivada a partir das atribuições que lhe foram conferidas ao Tribunal Constitucional.¹⁹⁵ Deve-

¹⁹⁵ “Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

No mesmo sentido a Primeira Disposição Final da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estabelece que: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la

se notar, também, que o Tribunal Constitucional peruano interpretou que os juízes encontram-se obrigados a seguir a doutrina jurisprudencial que eles estabeleçam, de acordo com o estabelecido no último parágrafo do artigo VI do Título Preliminar do Código Processual Constitucional.¹⁹⁶

4.3.1. Parâmetros, pressupostos e efeitos dos precedentes vinculantes no Peru.

Com respeito à aplicação do precedente vinculante, ele tem sido regulamentado em um único artigo, motivo pelo qual foram os julgamentos do próprio Tribunal Constitucional que estabeleceram os efeitos de suas sentenças, as técnicas de superação e revogação a ser aplicadas.¹⁹⁷

O Tribunal Constitucional, no julgamento N° 0024-2003-AI/TC, definiu o precedente vinculante como “aquela regra jurídica exposta em um caso concreto que o Tribunal decide estabelecer como regra legal e que, portanto, torna-se parâmetro normativo para a resolução de futuros processos de natureza homóloga. O precedente constitucional, por sua condição, tem efeito similar a uma lei”.

interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.”

¹⁹⁶ “(...) la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional”. Critério estabelecido no julgamento do Tribunal Constitucional N.º 6167-2005-HC/TC, fundamento jurídico 2º.

¹⁹⁷ O efeito vinculante das decisões judiciais é decorrente da própria Constituição, como anota Luiz Guilherme Marinoni, respeito do caso Brasileiro: “A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____. (Coord.). *A força dos precedentes*, p. 224).

Na mesma sentença, o Tribunal Constitucional, estabeleceu os seguintes pressupostos para a emissão de precedentes:

- a) Quando seja evidente que os operadores jurisdicionais ou administrativos resolvem, com distintos entendimentos, a respeito de determinada figura jurídica ou a respeito de uma modalidade ou tipo de caso, ou seja, quando se verifique a existência de precedentes conflitantes ou contraditórios.
- b) Quando seja evidente que os operadores jurisdicionais ou administrativos resolvem sobre a base de interpretação errada de uma norma constitucional que, por sua vez, gera uma indevida aplicação desta.
- c) Quando existe uma lacuna normativa.
- d) Quando se demonstra a existência de uma norma que não tinha sido objeto de interpretação em um caso concreto e, além disso, existem várias possibilidades interpretativas.
- e) Quando se evidencia a necessidade de alterar um precedente vinculante.¹⁹⁸

Com respeito à possibilidade de revogar um precedente (*overruling*), esta foi recolhida normativamente no artigo VII do Título Preliminar do Código Processual Constitucional, nos seguintes termos: “Quando o Tribunal Constitucional resolve afastar-se de um precedente, deve indicar as razões de fato e de direito que apoiam o seu julgamento e as razões pelas quais se afasta do precedente”. Isso significa que o Tribunal Constitucional tem a capacidade de modificar um precedente previamente estabelecido por ele, mas não pode deixar

¹⁹⁸ “Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta.

Cuando se evidencia la existencia de una vacía normativa.

Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.”

de justificar as razões que motivam sua decisão; isso resulta razoável se considerarmos que uma medida deste tipo resta previsibilidade a suas decisões e pode causar prejuízos nos litigantes que adequaram suas atuações no precedente anterior.

Um ponto que não tem sido expressamente regulado no Código Processual Constitucional é a respeito dos efeitos dos julgamentos, e o Tribunal Constitucional estabeleceu o seguinte:

- a) Os julgamentos sobre pedidos de inconstitucionalidade, cumprimento e conflito de competência, em princípio, aplicam-se com efeitos irretroativos; ou seja, efeitos *ex nunc*.
 - b) Os julgamentos sobre demandas de *habeas corpus*, amparo e *habeas data* aplicam-se com efeito retroativo. já que seu objetivo é restaurar a situação anterior à violação de um direito constitucional; ou seja, efeito *ex tunc*.
 - c) Os julgamentos nos processos de constitucionalidade, no qual se trate sobre a violação dos princípios constitucionais tributários contidos no artigo 74 do texto *supra* (artigo 74 da Constituição peruana de 1993), deve conter a determinação de seus efeitos no tempo. Igual previsão deve ser feita em relação a situações judiciais enquanto for vigente a norma declarada inconstitucional. É possível, ainda, que a aplicação retroativa seja estabelecida. Em consequência, pode ter efeitos *ex tunc*.
 - d) As decisões sobre questões constitucionais não concedem o direito de reabrir processos encerrados nos quais tenham sido aplicadas normas declaradas inconstitucionais, exceto em matéria penal ou fiscal, conforme previsto nos artigos 103 e 74 da Constituição.
- Nesse contexto, existe a possibilidade de ter efeitos *ex tunc*.¹⁹⁹

¹⁹⁹ No julgamento Nº 0024-2003-AI/TC o Tribunal estabeleceu textualmente o seguinte: Las sentencias sobre demanda de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflicto de competencias, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.

A modulação dos efeitos dos atos jurisdicionais não é novidade nos países de *common law*, como já foi mencionado, pois nessa tradição reconhecem expressamente, pelo menos quanto à alteração dos precedentes. Com um pouco mais de resistência, os países do *civil law* vêm assimilando a ideia e trabalhando-a, como acontece no Peru.

Nas decisões emitidas pelo Tribunal Constitucional, os feitos delas assumem relevância e discussão na doutrina. No entanto, entendemos que sua aplicação merece análise sobre as consequências da sua aplicação. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior compartilha o entendimento:

Assim, nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *ex tunc*), cria uma situação *não-desejada pela vontade do legislador racional*. Com base em critérios de *razoabilidade*, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica.²⁰⁰

Portanto, a modulação de efeitos das decisões do Tribunal Constitucional, especificamente, confere efeitos prospectivos às decisões que alteram seus posicionamentos dominantes e admite o fortalecimento do Estado Democrático de

Las sentencias sobre demandas de habeas corpus, amparo y habeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.

Las sentencias en los casos de procesos constitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74º del texto *supra* (artículo 74 de la Constitución Peruano de 1993), deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

(...)

Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se haya aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103º y 74º de la Constitución.

En ese contexto, estas pueden tener efectos *ex tunc*.”

²⁰⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ, Tércio Sampaio. (Coord.) *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*, p. 27.

Direito, através da efetivação da segurança jurídica, mantendo-se a proteção da confiança dos jurisdicionados.

Sobre os efeitos no tempo da mudança de um precedente, no julgamento Nº 0024-2003-AI/TC, o Tribunal Constitucional estabeleceu os seguintes critérios:

- a) A decisão de alterar um precedente vinculante pode ordenar sua aplicação imediata, de modo que as novas regras sejam aplicadas aos processos em andamento e aos processos iniciados após o estabelecimento da nova situação jurídica.
- b) A decisão de alterar um precedente vinculante pode estabelecer que sua aplicação seja transferida a uma data posterior. Portanto, não será aplicável a situações jurídicas surgidas antes da decisão de revogação do precedente ou aos processos em andamento.²⁰¹

Nesse sentido, nota-se que, como regra geral, quando um novo precedente é estabelecido, este é imediatamente aplicado ao caso concreto e casos futuros. Tal é o caso, por exemplo, do que aconteceu com os precedentes estabelecidos nos julgamentos Nº. 1417-2005-P/TC (Manuel Anicama Hernández) e julgamento Nº 0206-2005-PA/TC (Cesar Baylon Flores).

No entanto, em alguns casos, o Tribunal Constitucional preferiu diferir os efeitos da revogação de um precedente, apelando para a técnica do *prospective overruling*, para que a nova regra só seja aplicada aos fatos que sejam conformados após a emissão do novo precedente.

No julgamento Nº 0090-2004-AA/TC (Juan Carlos Callegari Herazo) constitui um referente importante na adoção da técnica do *prospective overruling*

²⁰¹ O Tribunal Constitucional peruano estabeleceu o seguinte:

“Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicadas tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha situación.

Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable a aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.”

no país. Nele, o Tribunal Constitucional modificou drasticamente critérios que tinham sido estabelecidos, mas a alteração não foi aplicada na resolução desse caso. Apenas o Tribunal Constitucional expressou que a revogação iria operar no futuro.

Outro julgamento no qual o Tribunal Constitucional utilizou a técnica do *prospective overruling* foi o julgamento Nº 3361-2004- PA/TC (Jaime Amado Alvarez Guillen), no qual se modificou o critério segundo o qual as ratificações a juízes e promotores de justiça não precisavam de motivação por se tratarem de cargos de confiança, na forma como aqueles haviam ocupado o cargo. Quanto aos efeitos temporais da revogação desse precedente, o Tribunal Constitucional foi claro ao afirmar que os novos critérios serão aplicados apenas a novos processos de avaliação e confirmação dos juízes. Isso, porque a ação do Conselho Nacional de Magistratura tinha, até esse momento, o apoio da doutrina jurisprudencial emitida pelo Tribunal Constitucional sobre essa matéria.

No entanto, essa possibilidade de aplicação de *efeitos* no estabelecimento de precedentes não está isenta de críticas, especialmente se se considera a existência de uma situação na qual os direitos fundamentais são violados, e essa situação não é remediada na resolução do caso concreto, devido à eficácia prospectiva de precedente. Também foi questionado que a aplicação dessa técnica tem sido utilizada para evitar danos para a administração, quando, em outras ocasiões, o Tribunal Constitucional aplicou seus precedentes imediatamente, apesar do dano indubitável que isso causou nos jurisdicionados. Tal é o caso, para citar um exemplo, do precedente estabelecido no julgamento Nº 1417-2005- PA/TC (Manuel Anicama Hernández), no qual o Tribunal Constitucional primeiro determinou o conteúdo do direito constitucionalmente protegido, referente ao direito da previdência, e afirmou que toda demanda de amparo em que esse direito fora invocado, mas que não estivesse referida ao conteúdo constitucionalmente protegido, deveria ser declarada improcedente. Esse critério foi aplicado até mesmo para aquelas demandas que se encontravam em andamento, ou seja, aquelas demandas que se iniciaram quando o precedente

ainda não existia, o que explica porque muitas delas foram declaradas improcedentes e reencaminhadas ao processo do contencioso administrativo.

No contexto exposto, verifica-se que o precedente vinculante tem sido um instrumento que o Tribunal Constitucional não hesitou em usar desde o início. Assim, o processo que levou ao maior número de precedentes, e por uma larga margem, é o processo constitucional de amparo.

Cabe ressaltar que o Tribunal Constitucional parece ter especial atenção para um determinado direito: o direito à pensão. Pelo menos dez (10) precedentes dos emitidos até julho do presente ano, versam sobre aspectos ligados a esse direito. Com efeito, o Tribunal Constitucional tem se pronunciado sobre o conteúdo do direito da pensão e emitiu pronunciamento sobre a determinação da quantia da pensão mínima, sobre a desfiliação do sistema privado de pensões, e sobre a pensão de invalidez por doença profissional, estabelecendo critérios de procedência das demandas de amparo que versam sobre matéria previdenciária, entre outros.²⁰²

Desse modo, se evidencia que o Tribunal trouxe luzes em áreas onde a escuridão reinava; exemplo óbvio disso é visto na criação de precedentes vinculantes em questões de pensão, dando orientações que esclarecem e contribuem para a redução em processos judiciais sobre o assunto. Assim, o Tribunal, desde 2003 até o início de 2014, emitiu os seguintes precedentes vinculantes:

- STC Nº 3771-2004-HC, caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, se estabeleceu o prazo razoável da prisão preventiva;
- STC Nº 3760-2004-AA, caso Gastón Ortiz Acha, estabeleceu a inhabilitação política;

²⁰² As seguintes sentenças contêm precedentes que versam sobre matéria previdenciária: STC 1417- 2005-PA/TC, STC 5189-2005-PA/TC, STC 9381-2005-PA/TC, STC 7281-2006-PA/TC, STC 6612- 2005-PA/TC, STC 10087-2005-PA/TC, STC 0061-2008-PA/TC, STC 05430-2006-PA/TC, STC 04762- 2007-PA/TC y STC 02513-2007-PA/TC.

- STC Nº 1150-2004-AA, caso “Banco de la Nación”, sobre Processos Constitucionais entre entidades de Direito Público; direito de defesa;
- STC Nº 2496-2005-HC, caso Eva Valencia Gutiérrez, sobre liberdade pessoal, detenção preventiva, princípio *tempus regit actum*;
- STC Nº 2791-2005-AA, caso Julio Soberón Márquez, sobre inabilitação política;
- STC Nº 2302-2003-AA, caso “Inversiones Dreams S.A.”, estabeleceu o esgotamento da via previa em matéria tributaria;
- STC Nº 1417-2005-PA, caso Manuel Anicama Hernández, estabeleceu o conteúdo essencial do direito da pensão;
- STC Nº 349-2004-PA, caso María Cotrina Aguilar, versou sobre a liberdade de trânsito;
- STC 1966-2005-HC, caso Cesar Augusto Lozano Ormeño, sobre a responsabilidade do ente administrador;
- STC 0168-2005-PC, caso Maximiliano Villanueva Valverde, estabeleceu a procedência do Processo de Cumprimento;
- STC Nº 2616-2004-AC, caso Amado Santillán Tuesta, sobre o Decreto Supremo Nº 019-94-PCM e Decreto de Urgência 037-94;
- STC Nº 3482-2005-HC, caso Augusto Brain Delgado, sobre a liberdade de trânsito;
- STC Nº 5854-2005-PA, caso Pedro Lizana Puelles, sobre o Amparo Eleitoral;
- STC Nº 2802-2005-PA, caso Julia Benavides García, a respeito da liberdade de empresa;
- STC Nº 0206-2005-PA, caso Cesar Baylón Flores, sobre a procedência do amparo eleitoral;
- STC Nº 3361-2004-AA, caso Jaime Amado Álvarez Guillén, sobre a ratificação de magistrados e tutela processual efetiva;

- STC Nº 4677-2004-PA, caso Confederação Nacional de Trabalhadores do Peru- CGTP, sobre o direito de reunião;
- STC Nº 4227-2005-PA, caso Royal Gaming S.A.C., sobre a aplicação do imposto a. Casas de apostas;
- STC Nº 0030-2005-AI, caso Lei da Barreira Eleitoral;
- STC Nº 4635-2004-PA, caso sindicato de trabalhadores de Toquepala, sobre a jornada de trabalhadores mineradores;
- STC Nº 1257-2005-HC, caso Luis Lagomarcino Ramirez, sobre o recurso de agravo constitucional, lei Nº 23908;
- STC Nº 5189-2005, caso Jacinto Gabriel Angulo, sobre a aplicação da Lei Nº 23908, pensão mínima inicial;
- STC Nº 3075-2006-PA, caso “Escuela Internacional de Gerencia High School of Management. EIGER”, estabeleceu medidas preventivas em sede administrativa;
- STC Nº 3362-2004-PA, caso Prudencio Estrada Salvador, sobre direito da retificação;
- STC Nº 3741-2004-AA/TC, caso Ramón Yarleque Salazar, sobre o controle difuso administrativo, precedente vinculante e a doutrina jurisprudencial;
- STC Nº 1333-2006-PA, caso Jacobo Romero Quispe, sobre a ratificação de magistrados, reingresso na carreira judicial;
- STC Nº 9381-2006-PA, caso Felix Vasi Zevallos, trato Bono de Reconhecimento outorgado pela ONP;
- STC Nº 7281-2006-PA, caso Santiago Terrones Cubas, trato a desfiliação das AFPs;
- STC Nº 4853-PA, caso Direção Regional da Pesqueira de La Libertad, trato sobre o amparo contra amparo;
- STC Nº 6612-2005-AA, caso Onofre Vilcarima Palomino, sobre pensão vitalícia, pensão de invalidez e doença Profissional;

- STC Nº 10087-2005, caso Alipio Landa Herrera, sobre pensão vitalícia, doença profissional Decreto lei 18846 e Lei Nº 26790;
- STC Nº 0061-2008-PA, caso Rimac Internacional, sobre Arbitragem voluntario e obrigatório do D.S. 003-98-SA; Seguro complementário de Trabalho de Risco;
- STC Nº 5430-2006-PA, caso Alfredo de la Cruz Curasma, estabeleceu o pagamento de parcelas e interesses;
- STC Nº 4762-2007-AA, caso Alejandro Tarazona Valverde, estabeleceu os critérios para a acreditação do pagamento das parcelas pensionárias;
- STC Nº 2513-2007-AA, caso Ernesto Casimiro Hernandez Hernandez, sobre pensão de invalidez e a procedência do processo de amparo;
- STC Nº 04650-2007-2007-AA, caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. sobre amparo e contra-amparo;
- STC Nº 05691-2009-AA, caso Cooperativa de Orçamento e Crédito de Suboficiais da Policia Nacional do Peru “Santa Rosa de Lima Ltda.”, sobre a importação de automóveis usados;
- STC Nº 03052-2009-PA, caso Acosta Ramos, sobre o pagamento de benefícios sociais;
- STC Nº 01-2010-CC, caso Ministério de Transportes e Comunicações, sobre a importação de automóveis usados; Sanções ao não cumprimento do precedente vinculante estabelecido no julgamento STC Nº 5961-2009;
- STC 02-2010-PI, caso 5000 cidadãos contra o Decreto legislativo Nº 1057, sobre o Régimen Especial de Contratação de Serviços (CAS);
- STC Nº 00142-2011-PA/TC, caso Sociedade Mineira de Responsabilidade limitada Maria Julia, sobre o controle constitucional de “laudos de arbitraje”.

Frisa-se que, em muitos dos precedentes emitidos pelo Tribunal Constitucional estabeleceu-se critérios importantes e inovações fundamentais para o sistema judicial, mas certamente é pertinente observar que, assim como existem sucessos notáveis, também encontramos várias inconsistências e excessos. No entanto, tenta-se conceber um Tribunal para o desenvolvimento da democracia constitucional, ou seja, para reforçar as instituições, mas também para a defesa gradual e constante dos direitos fundamentais.²⁰³

4.4. A Corte Suprema do Peru e sua função criadora de jurisprudência uniforme através do precedente vinculante.

A Corte Suprema do Peru foi criada em 8 de fevereiro de 1825, conforme os Decretos de Simon Bolivar de 19 e 22 de dezembro de 1824.²⁰⁴ A Constituição Política de 1823 tinha criado a Corte Suprema e a noção de independência judicial, de modo que esse órgão já teria 190 anos de funcionamento.

O Poder Judiciário do Peru não está dividido em mais poderes judiciários ou tribunais de justiça estaduais, quer dizer, constitui um só órgão e sua conformação encontra-se regulada na Lei Orgânica do Poder Judicial e sua conformação é a seguinte:

- i. Corte Suprema de Justiça da República Peruana-Competência Nacional;
- ii. Cortes Superiores de Justiça- Competência “local”. Uma Corte Superior para cada um dos 24 “*departamentos*”²⁰⁵ que compõem o território nacional;

²⁰³ GRANDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*, p. 73.

²⁰⁴ SANTOS QUIROZ, Mariano. *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú desde su independencia en el año 1821*, vol. 2, p. 45,46.

²⁰⁵ O Estado peruano é dividido política e geograficamente em: *Departamentos*, que estão conformados por *Provincias*. A sua vez as *Provincias* são formadas por vários *Distritos*.

- iii. Juizados de primeiro grau- pertencentes às Cortes Superiores de Justiça de cada “*departamento*”;
- iv. Juizados de Paz – Competência “*distrital*”;
- v. Juizados de Paz letrados- a cargo de juízes não togados; efetua conciliações, mas não acordos.

Com o Código Processual Civil vigente, procurou-se transformar o papel da Corte Suprema de uma terceira instância, cuja função principal era a de revisão (recurso de nulidade), para passar a ser uma verdadeira Corte de Cassação. Para chegar a cumprir esse novo papel, se lhe confere como função principal a correta aplicação e interpretação da lei e unificação da jurisprudência nacional. Assim, as decisões da Corte Suprema estão dotadas de força para vincular a todos os órgãos jurisdicionais do Estado.²⁰⁶

Em decorrência, adverte-se que a Corte Suprema constitui o ápice na pirâmide do Poder Judiciário e, além de efetuar a interpretação da lei infraconstitucional, é o único órgão desse poder com capacidade para emitir precedentes judiciais com eficácia vinculante, faculdade estabelecida no artigo 400 do Código Processual Civil.²⁰⁷ De modo igual, no artigo 22 da Lei Orgânica do Poder Judiciário se estabeleceu o caráter vinculante da doutrina jurisprudencial.²⁰⁸

²⁰⁶ “Artículo 384. Fines de la casación: El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”.

²⁰⁷ “Artículo 400. Doctrina jurisprudencial

Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”

²⁰⁸ “Artículo 22. Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Do estabelecido nos artigos mencionados, se mostra que a Corte Suprema tem a faculdade de emitir pronunciamentos,²⁰⁹ através dos quais ela pode estabelecer decisões vinculantes como a finalidade de uniformizar a jurisprudência.

Atualmente, observa-se que a Corte Suprema emitiu escassas decisões de cassação ou “Plenos Casatórios” em matéria civil, com a qualidade vinculante. Assim, temos: Cassação Nº 1465-2007-Cajamarca, Cassação Nº 2229-2008-Lambayeque e Cassação Nº. 4664-2010.²¹⁰ Deve ser enfatizado que esses julgamentos são uma importante contribuição para os tribunais de menor hierarquia, na resolução de conflitos sobre os assuntos tratados pela Corte Suprema.

No entanto, ante a carência de “Plenos Casatórios” que brindem uma orientação uniformizadora sobre a interpretação da lei; ante a existência de reiteradas decisões de cassação inconsistentes e contraditórias, torna-se ilusório, então, o desejo de uniformização jurisprudencial. Pois é a própria Corte Suprema quem não emite pronunciamentos uniformes perante casos semelhantes. No mesmo sentido, pode-se observar que a “Sala Suprema” constantemente muda de critério, sem justificação alguma, sobre os mesmos assuntos. De igual forma, a

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

²⁰⁹ Os acórdãos realizados pelos Ministros em “Sala Plena”, nos quais se discutem e resolvem determinadas matérias se nomeia de “Pleno Casatorio”.

²¹⁰ Informação disponível em:

http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_salas_supremas/as_sala_civil_permanente/as_acuerdos_plenarios_scp/as_2010/ Acesso em: 5 junho 2014.

“Sala Permanente” e a “Salas Transitórias” decidem de modo diferente ante casos semelhantes.²¹¹

Essas inconsistências podem ser observadas em diferentes decisões de cassação proferidas pela Corte Suprema, as quais se encontram publicadas no “Diário Oficial”.

Da mesma forma, verifica-se a constante emissão de julgamentos conflitantes entre as Salas da Corte Suprema, já que esses órgãos vêm gerando pronunciamentos totalmente contraditórios. Nesse sentido, se fosse realizada uma avaliação do papel da Corte Suprema, obteríamos, como resultado, a existência de uma precária motivação dos julgamentos, falta de independência decisória, déficit de competência profissional e outros descréditos de que padece a Corte Suprema.²¹²

Portanto, a existência de pluralidade de decisões diversas a respeito de um mesmo tema, pautadas em fatos assemelhados, ao invés de conferir certeza ao Direito com interpretações unívocas das leis, geram a desordem jurídica e social e, por consequência, a descridibilidade de todo o sistema jurídico. Desse modo, a existência de uma margem de discricionariedade muito alta por parte dos juízes pode gerar grave insegurança ao emitir decisões desiguais para casos semelhantes, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Porém, quando se “descobriu” que a lei interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a sua posição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica.

Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter

²¹¹ A este respeito se recomenda revisar: LIENDO, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el ordenamiento jurídico – Condiciones y perspectivas*, p. 76-80.

²¹² LIENDO, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el ordenamiento jurídico – Condiciones y perspectivas*, p. 76.

surgido, ao menos em sede doutrina, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.²¹³

Resulta evidente que, nesse ponto, reside a indispensável função de uniformização da Corte Suprema. Quando a lei recebe diversas interpretações para casos iguais, a função da Corte Suprema se faz indispensável.

Tal uniformidade, como o próprio vocábulo sugere, implica haver uma só interpretação da regra para cada situação jurídica. Desse modo, as decisões que conferem uniformidade ao ordenamento devem possuir, evidentemente, efeito vinculante. Não se pode sequer pensar em uniformidade quando, apesar de existir um pronunciamento seguro emitido pela corte legitimada constitucionalmente para tal mister, pode-se, abaixo dela, decidir-se de forma distinta, desuniformizando o que já fora uniformizado.

Desse modo, não cabe dúvida que, no Peru, a Corte Suprema é o órgão competente para consagrar a interpretação final do Direito infraconstitucional e, assim, suas decisões devem ser respeitadas pelos órgãos abaixo deste, de acordo com a estrutura judiciária. Não porque o poder jurisdicional dele seja maior, ou melhor, mas porque possui faculdade específica para isso, tal como foi estabelecido no artigo 141 do texto Constitucional.²¹⁴

Lembre-se que, ao longo dos séculos, tem se demonstrado que a lei formal, abstratamente concebida, é incapaz de prover valores imprescindíveis ou que leva

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*, p. 7.

²¹⁴ “Artículo 141.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.”

a desigualdades, e sua interpretação casual, na aplicação da lei, não tem qualquer limite interpretativo.

Perceba-se que, com a valorização das decisões da Corte Suprema, como corte de vértice, baseada em precedentes, pretende-se conseguir a efetividade do Direito, preservando-se sua estabilidade e uniformidade, tutelando-se a igualdade, a segurança e, ainda, como consequência da preservação desses valores, servindo como desestímulo ao ajuizamento de ações contrárias e aos entendimentos consolidados pelos tribunais, diminuindo-se, pois, a *carga laboral* dos órgãos jurisdicionais.²¹⁵

A adoção do sistema de precedentes justifica-se pela uniformização no tratamento de questões semelhantes, já que no caso futuro será utilizada a *ratio decidendi*, dali extraída. Além disso, o sistema de precedentes não é incompatível com a independência do juiz. Nesse sentido, Marinoni esclarece:

Assim, é equivocado pensar que os precedentes de uma Corte Suprema não podem vincular pela circunstância de os demais juízes poderem chegar a decisões igualmente dotadas de “boas razões”. Por igual motivo, é errado supor que a obrigatoriedade dos precedentes milita contra a liberdade de interpretar e de argumentar dos juízes.²¹⁶

²¹⁵ Para o caso brasileiro Marinoni expõe: “A autoridade dos precedentes também guarda relação com o fato de uma Suprema Corte ter posição diferenciada no sistema jurídico, destinada a revelação do sentido do direito. No sistema brasileiro o Supremo tribunal de Justiça é uma Corte de vértice, nada existindo acima dela no que diz respeito ao direito federal. Assim, a sua posição no sistema lhe confere a última palavra no que pertine à atribuição judicial de sentido ao direito federal. Porém, só há lógica em dar a “última palavra” quando essa é a “última” para todos os casos similares que estão para aflorar. O contrario seria supor que uma corte tem posição de vértice e dá a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito, própria às Cortes Supremas do Estado Constitucional. Perceba-se: não é o caso de simplesmente dizer que os tribunais inferiores estão submetidos ao STJ, mas de perceber que os tribunais inferiores devem respeito ao direito delineado pela Corte que, no sistema judicial, exerce função de vértice.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*, p. 159).

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*, p. 154.

O caráter abstrato das normas provoca uma ampla variedade interpretativa, porquanto é na concretização dos valores legais na execução da norma que os parâmetros legais são definidos e estes devem ser seguidos, criando um padrão previsível de condutas para os administrados. Desse modo, os cidadãos podem pautar suas condutas conforme as diretrizes ditadas pelo Poder Público, com fé e confiança no conteúdo concreto da norma.

Assim, corresponde ao Judiciário estabelecer os contornos de interpretação das leis e, dessa forma, as pessoas se sentirão estimuladas a seguir o ordenamento, porque estarão seguras a respeito do modo de agir e de gerir suas condutas, procurando sempre seguir corretamente o Direito. Nesse sentido, o Judiciário passará a desempenhar seu real papel de realizar o direito anunciado pelo ordenamento e deixará de ser uma arma em desfavor do cidadão. Isso só será plausível através de uma jurisprudência uniforme e estável.

4.5. Respeito à função uniformizadora da jurisprudência como função essencial das Cortes Supremas.

Segundo Michele Taruffo, a função de uniformização da jurisprudência se mostra evidente na maior parte das modernas cortes supremas europeias. Nesse sentido, essas cortes constituem verdadeiras cortes de precedentes, constituindo sua principal função o estabelecimento de precedentes, por meio dos quais mostra qual é a interpretação correta da lei. Esses precedentes servem como referência para as decisões sucessivas nos casos iguais ou semelhantes.²¹⁷

²¹⁷ TARUFFO, Michele. Una riforma della Cassazione civile?. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, p. 761.

Da mesma forma, Michele Taruffo adverte que uma das funções comuns de diversas Cortes Supremas é a tutela e promoção da legalidade.²¹⁸ De acordo com a autora, o termo “legalidade”, no contexto da função desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais, faz referência à correta aplicação do Direito. No entanto, a atenção não estará colocada na finalidade aplicativa da interpretação propriamente dita. Ao contrário, de acordo com o entendimento do autor, a atenção estará na correta aplicação do Direito. Nessa dimensão, a correta aplicação do Direito pode ser realizada de modos diversos, o que acarreta, pelo menos, três conceitos principais de “legalidade”, que orientam, de forma diversa, as funções exercidas pelas Cortes Supremas.²¹⁹

Por um lado, propõe Taruffo que a tutela da legalidade descreve a chamada função *reativa* da corte. Essa função pode ser vista, por exemplo, como uma violação do Direito que é verificada e, desse modo, a interferência da corte serve para oferecer uma resposta concreta à violação, com a eliminação ou a neutralização de seus efeitos. Por outro lado, a tutela da promoção da legalidade faz referência a uma função *próativa* da corte. Isso se evidencia quando a decisão da corte tem por finalidade conseguir um efeito futuro. Esse efeito pode ser o de prevenir uma violação futura da legalidade ou o de favorecer a evolução e transformação do Direito.²²⁰

Dentre os significados conferidos ao termo legalidade, o significado outorgado ao controle da legitimidade da decisão no caso concreto é de vital importância. Esse controle significa que a função da corte consiste essencialmente em verificar se a lei foi corretamente aplicada no juízo de mérito, sendo este o cumprimento da função privada por parte das Cortes Supremas.²²¹ Nesse

²¹⁸ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2011, p. 14.

²¹⁹ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2011, p. 15.

²²⁰ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2011, p. 14.

²²¹ Taruffo assevera que a função reativa da corte é importante na caracterização da natureza do órgão das cortes de cassação do tipo franco-italiano e espanhol, mas não é exclusiva destas cortes. Sendo que, as cortes que se definem como de “terceira instância”, já que decidem

respeito, Elisabetta Silvestri, classifica as funções da Corte Suprema em pública e privada. Na primeira função, a Corte exerce o papel de último garantidor da justiça e correção da decisão no caso concreto; já na segunda função, o papel da Corte é o de garantir a unidade do Direito positivo e a realização do princípio da igualdade na aplicação da norma jurídica.²²²

A função da promoção da legalidade, tal como definida por Taruffo, é, talvez, a principal função das modernas Cortes Supremas e é uma função tipicamente *pró-ativa*, na medida em que, fundamentalmente, o que justifica apreciar o recurso são os fatores orientados essencialmente ao futuro. Esse tipo de decisão é capaz de orientar decisões futuras em questões jurídicas de relevância, além das individuais, nisso se verificando uma função “pública” desempenhada pelas cortes.²²³ Ideia similar é sustentada por Ovídio Baptista. Segundo ele, “a moderna função dos tribunais supremos deve ser a de um instrumento voltado para o futuro, que visa à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência dos tribunais ordinários, não a de fiscal do passado”.²²⁴

No mesmo sentido, Mitidiero expressa que “a função que deve desempenhar a Corte Suprema é dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação, a partir do julgamento de casos a ela apresentados, sendo sua função proativa, destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do

definitivamente a controvérsia, como a corte de *Revision* alemã, têm uma função reativa de controle da legitimidade. Entre os modelos de cassação e revisão existe diferenças relevantes, mas em ambos os modelos as cortes têm por função verificar se a lei foi corretamente aplicada na decisão do caso concreto que lhe é submetida a exame. Essa função também é desenvolvida pelas cortes do sistema da *common law*: as Suprema Cortes dos Estados Unidos e da Inglaterra decidem o caso concreto verificando se o direito (*statute* ou precedente) foi ou não corretamente aplicado pela corte inferior prolatora da decisão impugnada. Desse modo, fica visível o desempenho de uma função reativa de verificação da legitimidade da decisão. (TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2011, p. 16,17).

²²² SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: accesso, filtri e selezione. In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*, p. 106.

²²³ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2011, p. 32.

²²⁴ Disponível em: www.baptistadasilva.com. p. 10. Acesso em 13 de agosto 2013.

Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros de Poder Judiciário”.²²⁵

De acordo com a experiência no Direito comparado, podemos concluir que duas são as principais funções que podem ser atribuídas a uma Corte Suprema: a função pública, referida à tutela da uniformidade da jurisprudência, por meio da criação dos precedentes, e na promoção do desenvolvimento do Direito; a função privada, configurada na tutela da correção da decisão do caso concreto, por meio da realização de uma justiça substantiva. A tendência que podemos verificar nos últimos anos, a qual parece colocar-se em nível geral, revela que a função tradicional reativa de tutela da legalidade no caso concreto cede espaço para o desempenho da função proativa na evolução do Direito, de modo que, com poucas exceções, a finalidade pública e prospectiva está se revelando a função de maior importância, caracterizando-se como o aspecto decisivo (e às vezes o único) da maior parte das cortes supremas.

O exercício da função pública, na dimensão de criação de normas jurídicas, também é exercido pela Corte Suprema quando esta resolve uma disputa jurídica particular. Eis que, para tanto, devem explicar o significado atribuído às normas em litígio, a aplicação e as consequências jurídicas decorrentes, mesmo que não haja uma norma previamente estabelecida. Aos órgãos jurisdicionais, é imposto o dever de decidir, mesmo nas hipóteses de omissão legislativa, contexto em que se deve recorrer à analogia dos costumes e princípios gerais do Direito. A Corte Suprema, portanto, sempre exercerá tanto a finalidade pública quanto a privada, uma vez que ambas estão presentes na função elementar de um tribunal: resolver disputas jurídicas.

O problema, então, para se definir o papel de uma Corte Suprema e, por conseguinte, seu perfil, de acordo com o desenho (estrutural e valorativo) da ordem jurídica, é transferido para o campo de como a disputa jurídica concreta é resolvida. Em outras palavras, como o processo de tomada de decisão é

²²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 66.

desenvolvido no cumprimento da finalidade pública de produção de normas jurídicas.

Desse modo, as Cortes Supremas só conseguirão atingir sua finalidade pública de criação de uma jurisprudência uniforme e prospectiva se os efeitos de suas decisões obrigarem o processo de tomada de decisão para além do caso concreto e para os juízes subsequentes, sejam estes da mesma hierarquia ou sejam eles de jurisdição inferior e, a estes últimos, com mais razão.

Nesse sentido, a finalidade pública da Corte Suprema tem como principal objetivo tutelar a integridade do ordenamento jurídico. Ou seja, devolver ao Estado de Direito a prospectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas, que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais e, aos cidadãos, a definição dos seus direitos e deveres, com o fim de favorecer o desenvolvimento igualitário e racional de uma dada comunidade política.

Efetivamente, resulta claro que a uniformização da jurisprudência tem como resultado a previsibilidade dos resultados das decisões judiciais e confere confiança aos cidadãos e atores sociais quanto às consequências jurídicas de suas ações.²²⁶ Assim, como a Suprema Corte do Peru é o máximo expoente do Direito judicial, suas decisões devem refletir essa posição de destaque. Seus pronunciamentos devem ser fundamentados e expressarem a interpretação correta da lei.

Em virtude disso, a atividade jurisdicional foi evidentemente valorizada e sua autoridade reconhecida, permitindo ao sistema processual peruano a adoção de alguns procedimentos que visem à garantia maior dos direitos fundamentais, especialmente, aqueles pautados na igualdade e na justa duração do processo. Há algum tempo já se vem criando, no Peru, dispositivos que aproximam a

²²⁶ Segundo Mitidiero “A uniformização da jurisprudência não é o ponto de chegada da Corte Superior, mas é seu ponto de partida, a partir do qual ela desempenha a sua efetiva função de tutela de legalidade contra as decisões judiciais”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 44).

imagem de respeito a precedentes, como é o caso do artigo VII do título Preliminar do Código Processual Constitucional.

V. A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES.

Considerando que o Tribunal Constitucional é o órgão máximo de interpretação e controle de constitucionalidade (artigo 1º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional) e resolve, em última e definitiva instância, os julgamentos denegatórios de habeas corpus, amparo, habeas data e cumprimento e, em instância única, os processos de inconstitucionalidade e de conflito de competência (artigo 22 da Constituição peruana)²²⁷, suas decisões têm relevância inquestionável e devem ser observadas pelos demais órgãos da estrutura jurisdicional. No mesmo sentido, devem ser observadas as sentenças emitidas pela Corte Suprema com força vinculante.

No entanto, de nada adianta proferir precedentes vinculantes se estes não serão seguidos pelo resto dos tribunais e, inclusive, pelo próprio Tribunal Constitucional que proferiu o precedente obrigatório.²²⁸ Nesse sentido, Cambi coloca o seguinte:

Os juízes e tribunais, como regra, devem seguir, em todos os casos semelhantes ou análogos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, exceto quando ela estiver equivocada e se mostrar contrária ao direito ou a razão. Assim assegura-se a estabilidade do direito, a segurança jurídica, além de se afirmar a noção de justiça como regularidade, o que permite tratar isonomicamente os casos essencialmente iguais e, assim, promover o princípio de igualdade perante a lei.²²⁹

²²⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel. Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana. In: *Anuario de derecho procesal latinoamericano*, 2008, p. 151.

²²⁸ SUAREZ, Christian Delgado. Os precedentes constitucionais no Peru. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) *A força dos precedentes*. 2 ed., p. 489

²²⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 156.

Resulta necessário que os precedentes vinculantes sejam tratados não apenas como um ponto de vista das cortes de vértice. Assim, o precedente deve ser respeitado como fundamento para a resolução de casos semelhantes, nos quais já existe um pronunciamento estabelecido e que deve ser respeitado, de maneira a se garantir a segurança jurídica e a garantia de igualdade, capazes de gerar confiança no sistema jurídico.

Do mesmo modo, o respeito aos precedentes garante a manutenção e o respeito aos julgamentos anteriores, dados pelas cortes de vértice, de modo que os julgamentos futuros sigam aquilo que já foi previamente estabelecido, constituindo uma regra de uniformidade do sistema.

O contrário ocorreria se cada juiz interpretasse a lei como quisesse, pois as pessoas não saberiam como se comportar diante do sistema jurídico. As regras deixariam de ser compreensíveis. Cada um poderia fazer o que bem entendesse. Se a conduta fosse questionada, a questão se resolveria na sorte, ou no azar, de encontrar juízes ou Tribunais que interpretassem a lei da mesma maneira.²³⁰

Portanto, a previsibilidade, que deve ser garantida ao cidadão, poderá ser alcançada se o ordenamento fornecer ao indivíduo as regras pré-estabelecidas. Assim, também, se deve orientar o cidadão sobre como essas regras serão aplicadas, de modo que ele possa planejar suas condutas em consonância com o Direito.

²³⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 162.

5.1. A questão da obrigatoriedade de aplicação dos precedentes vinculantes

No decorrer do presente discurso, deve ter ficado claro que a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios em nada altera a verdadeira autonomia dos juízes das cortes inferiores mas, ao contrário, valoriza seu trabalho, na obtenção da justiça no caso concreto. São esses juízes os únicos legitimados a alcançar a verdade dos fatos, a conjugar e exercer com mais proficiência os postulados do devido processo legal, para, ao final, conferirem verdadeira eficácia ao direito material em questão. A vinculação pretendida dependerá, em absoluto, do emérito trabalho desses julgadores para o fim de possibilitarem a aplicação real e segura dos precedentes vinculantes, como expressão de Justiça. Nesse sentido Cambi expõe:

Respeitar a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores não é retirar do juiz os dos Tribunais o livre convencimento nem a sua independência. Sabendo-se que cabe aos Tribunais Superiores dar a última palavra, a decisão que contraria a jurisprudência consolidada revela desprezo pelo Poder Judiciário e, especialmente, total desconsideração pelos usuários do serviço jurisdicional que, pela vaidade pessoa dos magistrados, são compelidos a recorrer para, só então, terem seus direitos tutelados.²³¹

Efetivamente, não há segurança jurídica se o Direito for regido por convicções pessoais dos juízes, uma vez que isso daria ensejo a decisões imprevistas e incontroláveis, produzindo o caos no sistema jurídico.²³² Mesmo

²³¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 163.

²³² “O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Não deve inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro andante que perambula por onde quer em busca de seu próprio ideal de beleza ou bondade. Ele deve inspirar-se em princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência vaga e irregular. Deve recorrer a um discernimento informado pela tradição, regularizado pela analogia, disciplinado pelo sistema e subordinado “à necessidade

quando é aplicado racionalmente, o Direito pode gerar decisões diferentes sobre idênticas questões jurídicas. Por isso, é indispensável que existam Tribunais Superiores que uniformizem a aplicação da Constituição e da legislação infraconstitucional, esclarecendo como os princípios e regras jurídicas devem ser interpretadas. No mesmo sentido, Tassara coloca:

A necessária conciliação dos elementos em jogo apresenta-se indevidamente como uma tensão entre a igualdade dos cidadãos e a independência dos juízes, o que desvirtua literalmente este segundo conceito. Dentro de uma apresentação estritamente técnica da função de aplicação das normas, a 'independência' indicava a subtração a qualquer imperativo ou fonte de pressão, alheios ao processo técnico ('políticos', para reduzir o tópico). O juiz não deve depender de ninguém, e só se reconhecer submetido ao texto legal. O problema surge quando se torna evidente que não há tal aplicação técnica sem prévia interpretação valorativa; nela os juízos encadeiam-se inevitavelmente com juízos prévios, que marcam uma dependência peculiar do juiz: de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo, pessoal e dificilmente transferível.

Esta dependência do juiz do seu próprio entorno, juntamente com o caráter mais ou menos aberto, mas sempre histórico do sentido do texto legal, explica a pluralidade interpretações que os diversos órgãos acabam produzindo. A hierarquização processual ajudará a reduzir essa dependência judicial, suavizando-a. Prescindindo dessa e de outras instâncias de controle, entre as quais o respeito ao precedente (exigido pela igualdade) ocupa lugar destacado, não se faria homenagem alguma à independência de uma subjetividade cuja eliminação é tão utópica como indesejável, dado que, sem tais juízos prévios, nunca haveria juízo algum.

Vincular o juiz ao precedente é obrigá-lo a controlar seus próprios juízos prévios em diálogos com Juízos

primordial de ordem na vida social". Em toda consciência, há espaço para um campo bastante amplo de discernimento." (CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*, p. 103,104).

próprios e alheios. Assim se tornará mais dono de si mesmo e aumentará também a dimensão de sua independência; porque nada corrói mais a confiança na Justiça do que as aparências de arbitrariedade (independência sem controle) nos responsáveis por realiza-las.²³³

Nesse sentido, não é dado a um magistrado assumir um posicionamento diferente somente porque seu entendimento pessoal acerca do tema é divergente. Como juiz, porém, ele tem o dever de preservar a coerência do ordenamento e a confiança do jurisdicionado em uma regra e nos precedentes que a aplicam.

Pode, portanto, o juiz, declarar que o caso sob julgamento diverge substancialmente do caso gerador do precedente, razão pela qual merece solução diversa. Justamente aqui é que se interpela a técnica do *distinguishing*, que se mencionou anteriormente, possibilitando ao julgador ponderar as realidades concretas e reduzir a margem de abstração do precedente, se este não se mostrar adequado ao caso real sob análise. Lembra-se, obviamente, que tal atividade deve ser exercida com responsabilidade e sempre mediante farta fundamentação, tendo-se, inexoravelmente, em conta o precedente que se pretende afastar, sem jamais ignorá-lo.

5.1.1. A propósito das sanções perante o desrespeito dos precedentes vinculantes

Sendo conferida ao Tribunal Constitucional a última palavra em matéria constitucional e, à Corte Suprema, a última palavra acerca da interpretação da lei infraconstitucional, não faz nenhum sentido a rebeldia de alguns tribunais inferiores em julgarem contrário àquelas decisões emanadas pelas Cortes, legitimadas a definir a interpretação final do Direito.

²³³ TASARA, Andres Ollero. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, apud SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*, p. 292.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Peruano proferiu pronunciado sobre o desrespeito aos precedentes vinculantes. Assim, mediante o julgamento N° 00001-2010-CC/TC, estabeleceu que os juízes que desrespeitem os precedentes vinculantes devem ser sancionados pelo “Consejo Nacional de la Magistratura” e pela “Oficina de Control de la Magistratura”. De igual modo, esses juízes devem ser denunciados pelo Ministério Público.²³⁴

Com efeito, o Ministério Público e outros órgãos de controle proferiram pronunciamentos nesse respeito.²³⁵

²³⁴ “Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante.

Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPCConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. Critério estabelecido no julgamento 00001-2010-CC/TC.

²³⁵ A “Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura” do Poder Judiciário na “Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ” estabeleceu o seguinte:

“(…) resulta pertinente exhortar a todos los magistrados de la diferentes Cortes Superiores de Justicia de la República para que cumplan con sus deberes funcionales, así como a los Presidentes de Corte para que en el ejercicio de sus funciones contralores velen por el cumplimiento de dicho precedente vinculante en cada uno de los órganos jurisdiccionales de sus respectivos Distritos Judiciales, bajo responsabilidad, debiendo adoptar las medidas correctivas en caso se incumpliera dicho mandato.

POR LO TANTO: (...)

SE RESUELVE:

Primero.- DISPONER que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional (...), respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse.

Segundo.- DISPONER, bajo responsabilidad funcional, que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República están en la obligación de velar por el cumplimiento de dichos precedentes vinculantes, debiendo adoptar las correctivas del caso, en sus condiciones de Jefes de ODICMAS, al tomar conocimiento de las infracciones en las que hubieren incurrido los órganos jurisdiccionales respecto a los casos en que deban aplicar los citados precedentes.”

No mesmo sentido, a “Resolución de Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN”, expresa o seguinte:

“La resolución que sanciona la inaplicación es la Resolución de la Fiscalía de la Nación 3. Se atribuye al denunciado (...), en su condición de Juez del Segundo Juzgado Civil de (...), la presunta comisión de los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad, por haber expedido, en el proceso de amparo (...) seguido por los trabajadores de las empresas (...), contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –SUNAT y otros, la Resolución N° 01 del cuaderno cautelar de fecha 11.10.2005, concediendo medida cautelar anticipada, y la Resolución N° 10 del principal, de fecha 24.03.2006, por la que amparó la demanda, declarando inaplicables a las empleadoras de los accionantes diversas normas que regulan el impuesto a la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas y los requisitos legales de adecuación de los locales de las empresas dedicadas a dicha actividad, en contra de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 5379-2005-AA/TC (12.09.2005) y 9165- 2005-PA/TC (13.02.2006), y del precedente vinculante dictado en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006, en el cual se confirmó la constitucionalidad del artículo 17° de la Ley N° 22796 (que sustituyó el artículo 38° de la Ley N° 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas) y de su Tercera y Décima Disposiciones Transitorias; declarándose además proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

Con esta conducta el investigado habría contravenido el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), y la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; según los cuales los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad. (...) En efecto, en la STC N° 5379-2005-AA/TC del 12.09.2005 (publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 26.10.2005), el máximo intérprete constitucional había precisado que de acuerdo al artículo 39° del Código Procesal Constitucional ‘el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo’, siendo claro que si la obligación tributaria es el vínculo entre el acreedor (Estado) y el deudor tributario, mal podrían los demandantes en su calidad de trabajadores de la empresa deudora, alegar afectación directa de sus derechos, cuando no forman parte de dicha relación jurídico tributaria.

No obstante, el Juez investigado admitió la demanda de amparo y prosiguió el trámite del proceso hasta declararla fundada, apartándose conscientemente del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional. (...)

14. Llegado el momento de sentenciar, el investigado expidió la Resolución N° 10, del 24.03.2006, apartándose expresamente del precedente vinculante establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006 (fs.17/31), sobre la base de argumentos totalmente contrarios a los expuestos por el Tribunal Constitucional, discutiendo así la interpretación que sobre las normas cuestionadas había efectuado ya el máximo intérprete constitucional.

No tuvo en cuenta que incluso el 02.03.2006, esto es, antes de que expida sentencia, se había publicado en la página web del Tribunal Constitucional la STC N° 9165-2005-PA/TC del 13.02.2006 (fs.32/41), correspondiente al proceso de amparo promovido directamente por (...), con similar pretensión a la del proceso que el investigado venía conociendo (...). Sentencia que declaró infundada la demanda bajo los mismos argumentos que habían sustentado poco tiempo antes la STC N° 4227-2005-PA/TC, fijada como precedente vinculante. Es decir, que ante idéntica pretensión a la que conoció el juez investigado (...) el Tribunal Constitucional ya había confirmado la constitucionalidad de las normas cuestionadas, de manera que las mismas debían ser observadas en adelante por los demás órganos del Estado, incluido el Poder Judicial.

15. El investigado aduce en su defensa que no cabe imputársele el delito de Prevaricato por haber contravenido un precedente vinculante, pues ello implicaría una aplicación analógica de la ley penal, que únicamente tipifica la contravención de la ley y no la del precedente.

Sin embargo, en el caso analizado debe advertirse que el investigado, con sus decisiones, ha contravenido las disposiciones de la Ley N° 27796, cuya constitucionalidad había sido declarada en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC; además de contrariar el texto expreso y claro del artículo VI del Código Procesal

Desse modo, o Tribunal Constitucional dispõe que, no suposto de afastamento injustificado dos precedentes, os julgamentos contrários ao precedente vinculante serão considerados inválidos ou nulos. Além disso, os juízes que se afastarem ou resolverem contrariar o precedente vinculante cometerão delito de prevaricação.

Contudo, no caso peruano poderíamos identificar uma dúplice forma de controlar ou pelo menos, denunciar os afastamentos injustificados dos precedentes. Constitui sentença inválida aquela que é proferida por qualquer juiz em desrespeito ao precedente constitucional ou judicial, sempre que esteja diante de *fattispecies* já determinadas e pacificadas por quaisquer desses tipos de precedentes. Ou seja, perante a inexistência de eficácia horizontal ou vertical dos precedentes, aquela sentença proferida sem se aderir à *ratio decidendi* do

Constitucional y de la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecen la vinculación de los jueces a la interpretación que de las normas haga el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, en tanto éste es el máximo intérprete de la Constitución. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a los magistrados de todas las instancias del Poder Judicial a apartarse de los precedentes obligatorios motivando adecuadamente su decisión, sin embargo, el Código Procesal Constitucional que es una norma posterior y especial en lo que respecta a la jurisdicción constitucional, establece en el artículo VII de su Título Preliminar que es el Tribunal el que puede apartarse de sus propios precedentes, por lo que tal posibilidad queda negada a los órganos jurisdiccionales ordinarios. (...)”

No entanto, na “Resolución Administrativa N° 003-SP-CS-PJ” proferida pela “Sala Plena” da Corte Suprema estabeleceu que:

“Analizando el presente caso, aún cuando en la parte resolutive de la STC antes citada se dispuso que ‘...los jueces o Magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones en la que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar y declarar nulas dichas resoluciones judiciales’, es de tener presente que el artículo 146°. 1 de la Constitución estatuye que los Jueces ‘... sólo están sometidos a la Constitución y la ley’. En tal virtud, cuando el señor Juez Supremo (...) emitió su voto singular procedió en ejercicio de la garantía constitucional de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional consagrada igualmente en el artículo 139°.2 de la Ley Fundamental; además, explicó con suficiencia su opinión jurisdiccional.

(...) En dicho contexto, acertada o errónea la valoración que se realizó, lo cierto es que se trató de un voto singular debidamente razonado, por ende, no puede ser objeto de sanción disciplinaria. Proceder en forma contraria, no sólo contravendría lo dispuesto por el artículo 212° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también, constituiría una grave infracción a la garantía de independencia y autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional, creando un nefasto precedente.

Por tales consideraciones (...)

SE RESUELVE:

(...) Artículo Primero.- Absolver al señor Juez Supremo Titular (...).”

precedente, automaticamente devém em nula. Por outro lado e, seguindo o teor do julgado do Tribunal Constitucional Peruano citado nesta referencia (a referencia que faz o autor é sobre a STC 00001-2010-CC-TC de data 12 de agosto de 2010), é reservado a qualquer juiz que se afasta do precedente constitucional o delito de *prevaricação*.

Vejamos. Com o julgado acima citado e com a nova tipificação que o Tribunal Constitucional deu ao art. 418 do Código Penal Peruano, estabeleceu-se que a prevaricação não atinge unicamente o juiz que resolve um caso aplicando norma revogada ou *contra legem* ou citando provas falsas ou inexistentes. Agora, passou-se a regulamentar que também o *afastamento de precedente constitucional constitui crime funcional de juiz*. Consideramos, evidentemente, que através de esse julgado e ao regulamentar a prevaricação como afastamento do precedente constitucional, o Tribunal Constitucional entendeu que seus precedentes também poder ser considerados como *lei* dado que agora a prevaricação atinge também aos precedentes. Se o juiz agora ao se afastar do precedente, prevarica então para o Tribunal Peruano, tanto faz falar de lei e precedente! Em decorrência desse entender, o alto tribunal constitucional equipararia inobservância de precedente com inobservância de lei. Curioso ressaltar que o julgado indica rapidamente que o afastamento ou inobservância do precedente configura prevaricação. Perguntamo-nos; será que não é possível mesmo o uso do *distinguishing?*²³⁶.

De fato, ao considerar, o Tribunal Constitucional, que os precedentes vinculantes têm força semelhante a uma lei, considera, do mesmo modo, que seu desrespeito pode ser equiparado com o crime funcional de prevaricação.

²³⁶ SUAREZ, Christian Delgado. Os precedentes constitucionais no Peru. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) *A força dos precedentes*. 2 ed., p. 489.

5.2. A necessidade de estabilidade da jurisprudência no Peru.

A jurisprudência desempenha um especial papel em qualquer sistema jurídico moderno. No entanto, a preocupação com a estabilidade da jurisprudência, no sistema peruano, tem sido encarada como uma questão secundária, e muitas vezes, deixada de lado.

Nesse sentido, precisamos de um sistema estável que outorgue segurança, confiança e igualdade, mesmo diante das modificações que são necessárias ao seu aperfeiçoamento. Embora a aplicação concreta desses valores não seja clara e de unívoca interpretação, a observação de alguns critérios torna a prática mais racional e possível, como se pretender delinear. Desse modo, a estabilidade deve ser conjugada com a adequação e a pertinência social da norma em vigor. Certamente, atingir tal ponto de equilíbrio não é uma missão fácil de ser alcançada.

O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas. (...)

Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamentação para a limitação de leis retroativas [Direito retroativo], que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia de segurança

jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual.²³⁷

Nesse sentido, as bússolas do Poder Judiciário são as fontes mais seguras para servir de guia aos cidadãos. Quando a lei formal não é suficiente, ou a sua execução não ocorre da forma que se entende devida, é o Poder Judiciário que irá definir, em concreto, como deve ou não ser a aplicação da norma posta no cerne do conflito, ou pelo menos, acreditamos que, assim deveria ser.

A estabilidade gerada pelas decisões judiciais não pode gerar a rejeição às mudanças ocorridas no seio da sociedade que pretendem servir. Não podem, igualmente, ser apresentadas como verdades absolutas e inatingíveis, pois deve admitir-se que a natureza humana é capaz de cometer os mais diversos equívocos, especialmente, quanto do exercício da difícil missão de julgar.

Deste modo, é evidente que um precedente existe com pretensão de se estabelecer no tempo. Contudo, admitir sua absoluta imutabilidade seria negar a própria vigência ao Direito, não ignorado de constituir um saber vivente e dinâmico.

A estabilidade da jurisprudência, na construção de um Direito capaz de responder aos preceitos do Estado Constitucional, e as modificações da jurisprudência são igualmente necessárias. Todavia, devem ser realizadas com as cautelas que a preservação dos valores do Estado exigem. Não é possível que a alteração dos entendimentos dos tribunais ocorra de forma inesperada e acometa os cidadãos com uma grave crise de segurança.²³⁸

As mudanças, embora necessárias, devem respeitar as situações que se consolidaram durante a vigência do entendimento anterior, com observância do

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, nº 4, p. 129.

²³⁸ “A abrupta e irregular revogação dos precedentes é compreendida pelos juristas norteamericanos como um indicio de irracionalidade e não de progresso na Corte. Existe uma importante diferença entre revogar um precedente anterior e interpretá-lo para um novo caso. Na revogação do precedente, o *Justice* deve demonstrar por que a decisão anterior da Suprema Corte foi equivocada.” (APIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, p. 67,68).

princípio da proteção da confiança e da não surpresa, mediante o respeito ao princípio da irretroatividade do Direito, já revisado. Estabilidade não significa imutabilidade, ao contrário, indica a necessidade de observância de mudanças de forma racional e segura. Como afirmado por Nelson Nery Júnior:

A dinâmica da vida e dos fatos sociais indica a possibilidade de a jurisprudência ser alterada. Os tribunais devem acompanhar a evolução da sociedade em todos os seus matizes econômicos, sociais, culturais, políticos, religiosos etc. Não se poderia admitir o engessamento da jurisprudência dos tribunais em nome da segurança jurídica, pois a dose desse remédio, por ser excessiva, mataria o doente: *summum ius, summa iniuria*. Daí por que é quase que axiomática a afirmação de que os tribunais podem modificar sua jurisprudência.²³⁹

Claro que a ideia do uso do precedente não insinua um regime judiciário autoritário e engessado. Por óbvio, que o juiz posterior pode, e às vezes deve, afastar a razão universalizável imposta a ele, mas, para tanto, deve proporcionar boas razões, que devem evidenciar que o caso atual não trata do mesmo problema ou que possui fatos relevantes que o distinguem ou exigem um tratamento jurídico distinto, ou, ainda, que a decisão precedente está equivocada. Trata-se aqui das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, que têm como principal função permitir o desenvolvimento do Direito judicial.

²³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio e NERY JÚNIOR, Nelson. (Coord.) *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*, p. 89.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A pesquisa direcionada ao estudo dos precedentes vinculantes no Peru é uma tarefa difícil, pois desde sempre se manteve a ideia de que a lei é a única que constituiria fonte legítima do Direito, além da escassa bibliografia sobre o tema.

Não se desejou, com o presente estudo, colocar soluções concretas ou definitivas, mas o objetivo principal é convidar a comunidade jurídica ao estudo e a valorização dos precedentes obrigatórios, que teve seus origens históricas no *common law*, que visa proporcionar, estabilidade, segurança jurídica, coerência e igualdade nas decisões judiciais.

Atualmente, no Peru, se evidencia uma grande insatisfação com o número de decisões judiciais contraditórias dadas a casos semelhantes, com o desrespeito sistemático aos lineamentos estabelecidos pelo Tribunal Constitucional e a preocupação com a sobrecarga que padece o Poder Judiciário em geral. Não se pode negar que a necessidade de estabilidade das decisões no Direito peruano é uma realidade cada vez mais urgente. Em consideração disso, é necessário pensar em técnicas capazes de adaptar o Direito à realidade concreta. Ante esta situação, é imprescindível reconhecer-se, independentemente do sistema estudado, a não perpetuidade das normas. Tratar de um sistema estável e seguro é falar em um sistema justo, e somente assim o será, se correspondente às realidades sociais que demandam respostas por parte do Estado.

Nesse sentido, os precedentes vinculantes apresentam-se como uma solução viável a um sistema que, mesmo positivado em normas escritas e previamente estabelecidas em abstrato, não têm a capacidade de outorgar segurança, estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas e a seus cidadãos.

Frisa-se, também, a imprescindível adaptação do uso dos precedentes com as realidades sociais concretas. A teoria da aplicação do *stare decisis* ao Direito peruano, com a vinculação dos precedentes das Cortes de vértice, não ignora a dificuldade que tal medida poderá ocasionar, se mal utilizada, sentenças

controversas, excessos por parte das cortes de maior hierarquia, etc. o que ao contrario de beneficiar ao sistema jurídico e contribuir com seu desenvolvimento geraria uma total desconfiança e instabilidade nos cidadãos, portanto, o fundamento de autoridade do precedente vinculante deve ser mais bem elaborada do que simplesmente aplicada sem nenhuma reflexão previa.

As decisões judiciais, como atos estatais, devem gerar credibilidade e segurança, devendo inspirar confiança por parte dos jurisdicionados, por isso, as decisões dos juízes devem ser estáveis. De modo que, as Cortes de vértice possam cumprir sua principal função de preservar e uniformizar o sistema jurídico e o Direito, é dar força à Constituição.

Nesse sentido, as Cortes de maior hierarquia só conseguirão alcançar sua finalidade pública de criação de uma jurisprudência uniforme e prospectiva, se os efeitos de suas decisões estiveram conduzidos, não apenas para a solução do caso concreto, senão para a resolução de casos futuros e para os juízes posteriores, sejam estes da mesma hierarquia ou sejam eles de jurisdição inferior, a estes últimos com mais razão, pois, a jurisprudência merece respeito por parte de todos os Poderes do Estado, inclusive do próprio Poder Judiciário.

Cabe ressaltar que, a questão da eficácia obrigatória dos precedentes, embora fundamental ao sistema, ainda não teve o seu estudo aprofundado no Peru, por isso, muitas vezes se escuta falar que um sistema de precedentes vinculantes impedirá o desenvolvimento do Direito, já que se entende que as Cortes, especialmente as inferiores, terão de julgar, mediante uma mera aplicação da mecânica dos precedentes, sem não poderem sequer tomar em conta as particularidades de cada caso em julgamento.

Mas acreditamos, que essas ideias não tem cabimento se se realiza uma adequada aplicação do sistema precedentalista, por que como se estudo, existem diversas técnicas que visam a afastar o uso de um precedente que não esteja adequado à realidade dos casos concreto, com especial destaque às técnicas do

distinguishing e do *overruling*. Não há dúvidas que ambas as técnicas devem ser transportadas e aplicadas ao Direito peruano.

Não só o *distinguished* como também o *overruling* são peças vitais a qualquer sistema de precedentes vinculantes, de modo que a ideia de aplicação irrefletida de precedentes não é apropriada. Bem por isso, dado o preconceito em vincular os tribunais aos precedentes das Cortes de vértice, torna-se oportuno deixar claro que, em hipóteses excepcionais, os próprios tribunais podem deixar de aplicar precedentes dos tribunais superiores, contribuindo para a otimização do sistema e para o desenvolvimento do Direito.²⁴⁰ Respeito à revogação de um precedente isto só deverá ser possível quando evita um mal maior que a sua manutenção, e não para servir a qualquer critério de vaidade ou insubordinação de um julgador.

Por isso, é tão importante o estabelecimento de regras e princípios que venham a propiciar essa alteração de entendimentos, permitindo que o sistema continue apto a responder às questões postas pela sociedade, sem comprometimento ou conflito com o sistema vigente pautado na doutrina do *stare decisis*.

Depreende-se de todo o exposto que a visão desempenhada pela tradição do *common law* é, não apenas, o Direito a ser derivado do poder do povo, mas, principalmente, deve servir ao povo, de forma que os precedentes na doutrina do *stare decisis* existam para conferir ao povo estabilidade e segurança. Sua manutenção só se justifica para servir esses preceitos, e são esses preceitos que devem ser, também, procurados no sistema peruano.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, p. 404.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABAD YUPANQUI, Samuel e outros. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Lima: Palestra Editores, 2004.

_____. Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana. In: *Anuario de derecho procesal Latinoamericano*, México: [s.n.], 2008, p. 151-163.

ABBOUD, Georges. Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

AGUILÓ, Josep. Sobre el Constitucionalismo y la Resistencia Constitucional. In: Alarcón Cabrera, Carlos e VIGO, Rodolfo (Coord.). *Interpretación y Argumentación Jurídica: Problemas y Perspectivas actuales*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p. 11-36.

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Mexico: Fontamara, 2010.

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y Derecho penal*. Buenos Aires: Del puerto, 2010.

ANDREW, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar – A experiência inglesa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 36, Nº 192, fev 2011, p. 99-127.

APIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. 1 ed., 2º reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLUME FORTINI, Ernesto. Tribunal Constitucional Peruano como supremo interprete de la constitución. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima: Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 50, diciembre 1996, p. 125-205.

BULYGIN, Eugenio. ¿Los jueces crean Derecho?. In: *Revista Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* Nº 18, abril, 2003, p 7-25.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-673.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *¿Jueces Legisladores?*. Lima: Communitas, 2010.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Goncalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión de la justicia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 17, Madrid, 1986, p. 9-46.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARDOZO, Benjamin. *La naturaleza de la función judicial*. Trad. Eduardo Ponssa. Granada: Comares, S.L., 2004.

CARPENA, Marcio Louzada. Os poderes dos juízes no *common law*. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 35, nº 180, fev 2010, p. 195-220.

CASTILLO ALVA, José Luis e CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Lima: Ara Editores, 2008.

COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, Ma Ángeles e LAGIER, Daniel Gonzales. *Positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CROSS, Rupert; e HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Clarendon Press, Oxford, 1991.

CROSS; Rupert e J.W.Harris. *El precedente en el Derecho Ingles*. Trad. de Ma. Angelica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2010.

EISENBERG, MELVIN Aron. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ, Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 11-34.

GRANDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores, Lima. 2010.

HART, Herbert. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio e NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 74-92.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

LIENDO TAGLE, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el ordenamiento jurídico – Condiciones y perspectivas*. Lima: Ara Editores, 2012.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. Marcela Vajerão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Introduction. Interpreting Precedents: a comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997.

_____. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hubens Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, Nº 172, Jun 2009. p. 175-232

_____. (Coord.). *A força dos Precedentes*. Salvador: Juspodium, 2010.

_____. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 35, nº 184, junho 2010, p. 9-41.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica In: _____. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodium, 2010, p. 211-226.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suarez. Mexico DF: Fondo de Cultura Economica, 1989.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle a interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano, 37, vol. 206, abril 2012, p. 61-78.

_____. Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovidio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 36, vol. 199, setembro 2011, p. 83-99.

MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del proceso*. Lima: Communitas, 2009.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O Binômio Repercussão Geral e Súmula Vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 675- 750.

OROZCO MUÑOZ, Martin. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Aranzandi S.A., 2011.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 377-404.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 36, vol. 199, setembro 2011, p. 159-191.

RODRÍGUEZ, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogota: Siglo del hombre, 2008.

SANTOS QUIROZ, Mariano. *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú desde su independencia en el año 1821*, vol. 2, Lima, 1832.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, nº 4, julho 2001, Salvador, p. 115-132.

_____, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARRI, Guilherme Carreira. Algumas questões a respeito da súmula Vinculante e precedente judicial. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 36, vol. 199, setembro 2011, p. 213-245.

SCHAUER, Frederick. *Rules, the Rule of Law, and the Constitution. Constitutional Commentary*, Minneapolis, vol. 6, 1989.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao estudo do direito inglês e norte-americano*. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos Precedentes*. Salvador: Juspodium, 2010 p. 149-165.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè, 2001, p. 105-116.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SUAREZ, Christian Delgado. Os Precedentes Constitucionais no Peru. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos Precedentes*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 471-502.

SUMMER, Robert S. *Precedent in the United States (New York State). Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

TARUFFO, Michele. *El vertice ambiguo*. Lima: Palestra Editores, 2005.

_____. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 11-36.

_____. Precedente e Jurisprudência. In: *Revista de Processo*. Ano 36, setembro 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p 139-155.

_____. Una reforma della Cassazione civile? In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, Milano, set, 2006.

TARANTO, Caio Márcio Gutierres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogerio Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra Editores, 2013.

VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, Nº 172, 2009.

_____. Precedentes e evolução do Direito. In:_____. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ANEXOS

EXP. N.º 0024-2003-AI/TC
LIMA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL
DE LURÍN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Distrital de Lurín contra de la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se disponga que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de noviembre de 2003, la municipalidad recurrente, representada por su Alcalde, don José Luis Ayllón Mini, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se declare que a quien le compete aprobar o modificar la demarcación territorial es al Congreso de la República, conforme a la propuesta que alcance el Poder Ejecutivo, con lo que dicha atribución en modo alguno les corresponde a las emplazadas; en consecuencia, solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N.º 000011 aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N.º 004-2003-MDSDO, del 31 de mayo de 2003.

Sostiene que la Ordenanza impugnada persigue de manera maliciosa y encubierta aprobar la demarcación territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, puesto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Municipalidades establecen a favor de estas últimas la facultad de fijar su ordenamiento territorial o determinar sus límites, dado que, conforme al inciso 7) del artículo 102º de la Constitución, es atribución del Congreso aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo. Asimismo que, si bien corresponde a las municipalidades aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial en el ámbito provincial, ello no autoriza a que se aprueben los límites del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros en desmedro del Distrito de Lurín; de otro lado, expone que la Ordenanza bajo comentario parte de una premisa inválida, pues señala que el Distrito de Santo Domingo de Los Olleros fue creado por Ley del 4 de agosto de 1821 y está ubicado en la jurisdicción territorial de la Provincia de Huarochirí, lo que es falso pues dicha ley no creó el precitado distrito; añade, además, que este distrito carece de ley de creación y que lo que se pretende es aprobar fraudulentamente sus límites, cercenando el 60% del área total de la zona este del Distrito de Lurín.

La Municipalidad Provincial de Huarochirí contesta la demanda a través de su Procurador Público, exponiendo que la Ordenanza N.º 000011 se limitó a ratificar el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí, con la descripción de los linderos y medidas perimétricas que fueron aprobados por Acuerdo de Concejo N.º 0009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000 y ratificado por Ordenanza N.º 04-2003-MDSDLO del 31 de

mayo de 2003, con lo que dicha norma ha sido dictada con arreglo a lo establecido en los artículos 40º y 79º de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, para lograr el ordenamiento del distrito y sin modificar la demarcación territorial, puesto que su territorio ya estaba delimitado. Añade que para evitar conflictos territoriales el 25 de julio de 2002 se publicó en el diario oficial la Ley N.º 27795, mientras que el 24 de febrero de 2003 se expidió su Reglamento, en la que se establece el procedimiento para los casos de conflicto territorial, siendo competente para resolver los mismos la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros y, agotado el procedimiento antes anotado, recién se puede recurrir al Tribunal Constitucional para interponer demanda de conflicto de competencia, con lo que la accionante no ha agotado la vía administrativa pertinente.

Por su parte, la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros solicita que la demanda sea declarada infundada, en atención a lo previsto en el artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que los gobiernos locales tienen facultades de organización sobre su espacio físico y el uso del suelo, para lo cual deben aprobar un plan de acondicionamiento territorial, por lo que considera que no hay exceso en el ejercicio de las atribuciones como se expone en la demanda.

FUNDAMENTOS

Consideraciones previas

El Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional, estima pertinente, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos, precisar la estructuración interna y alcances de sus sentencias. Entonces, en lo que sigue, se determinará la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes; las condiciones y efectos del cambio del precedente vinculante; y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna. Asimismo, se explicará, *in genere*, los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en general.

Las sentencias en materia constitucional

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y telológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogitada por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo* expone una visión mas allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquihuanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N.º 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de *dicta*, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni Kerpel [*El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, pág. 82] esta *dicta* tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N.º 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en una proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógicamente y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N.º 0006-2003-AI/TC].

La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que “(...) las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe

expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

- a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

- b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

El cambio de precedente vinculante

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí —es decir en situación de antinomia indirecta— se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o *non facere* por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

La eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*)

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio sententiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en los denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.° 27153 [Expediente N.° 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

- d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103° y 74° de la Constitución.

En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

Petitorio de la demanda de inconstitucionalidad

1. Conforme a lo expuesto en el escrito de demanda, la pretensión de autos es que se determine que ninguna de las municipalidades emplazadas es competente para aprobar o modificar su circunscripción territorial, pues esa atribución le corresponde al Congreso de la República; en consecuencia, la Municipalidad Distrital de Lurín solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N.º 000011, aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar, en todos sus extremos, el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N.º 004-2003-MSDSO del 31 de mayo de 2003.

Competencia del Tribunal Constitucional y adecuación del proceso

2. Debe precisarse que, en principio, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia por mandato del inciso 3) del artículo 202º de la Constitución; no obstante, del petitorio de autos se advierte que la materia controvertida guarda relación con una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, por cuya razón se dispuso que el proceso de autos sea tramitado como si de una acción de inconstitucionalidad se tratara, como se aprecia del contenido de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2003.
3. Por consiguiente, dado que el Tribunal Constitucional, por mandato del artículo 202º, inciso 1) de la Constitución, es competente para conocer de los procesos de inconstitucionalidad, corresponde que emita sentencia, por ser ese el estado del proceso.

La competencia en asuntos de demarcación territorial

4. El artículo 102º de la Constitución expresamente ha regulado, en su inciso 7), como una de las competencias del Congreso de la República, la de aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo, por lo que ninguna corporación municipal puede pretender ejercer dicha atribución, la que ha sido reservada de manera excluyente y exclusiva, por el legislador constituyente, al Poder Legislativo.
5. La Ordenanza impugnada, en su Artículo Primero, expresa que su objeto es ratificar en todos sus extremos el Ordenamiento Territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí; en tal virtud, aparentemente no habría ningún ejercicio irregular o usurpación de funciones por parte de la Municipalidad Provincial de Huarochirí, la que se habría limitado a reafirmar la circunscripción territorial que corresponde a la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros. Sin embargo, no se aprecia en autos de dónde provienen los datos que se pretende ratificar, pues no existe documento que sustente la actuación de la emplazada, esto es, que detalle la circunscripción territorial de la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros y, que por tanto, pueda ser sujeto de “ratificación” en los términos empleados en la Ordenanza impugnada.
6. Aunque en la Ordenanza se haya hecho referencia al artículo 194º de la Constitución así como a los artículos II y 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, dichas disposiciones no son habilitantes para que cualquier corporación municipal pueda realizar labores de delimitación territorial, puesto que ni la autonomía municipal, ni las acciones de saneamiento y ordenamiento del territorio, ni la implementación, organización y administración del plan de acondicionamiento territorial, son atribuciones que permitan el desarrollo de actividades de demarcación territorial. En todo caso, el atributo de la autonomía previsto en el artículo 194º de la Constitución, debe ejercerse dentro de la jurisdicción de cada una de las corporaciones municipales. Paso previo para el ejercicio de tal atribución, obviamente será que se haya determinado la circunscripción territorial que corresponde a cada gobierno local o regional, para evitar discrepancias o conflictos entre los distintos órganos políticos; caso contrario, de existir desavenencias entre ellos, estas serán resueltas de conformidad con el inciso 7) del artículo 102º de la Constitución.
7. En consecuencia, se advierte que, por vía indirecta, la Municipalidad Provincial de Huarochirí trató de realizar lo que en la vía directa le estaba vedado, esto es, ejercer una potestad reservada para el Congreso de la República, pretendiendo “ratificar” un ordenamiento territorial determinado sin

precisar previamente el documento que señale los límites o linderos de la jurisdicción municipal “ratificada”, por lo que la demanda debe ser amparada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ordenanza Municipal N.º 000011 aprobada por la Municipalidad Provincial de Huarochirí en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros. Por tal efecto, decláranse nulos los actos administrativos que se sustentan en ella o que contravengan la presente sentencia, tales como el Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 3741-2004-AA/TC
LIMA
RAMÓN HERNANDO
SALAZAR YARLENQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 66, su fecha 30 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192.º, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente proceso de amparo constitucional, el demandante solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de

defensa y de petición, consagrados en los artículos 139.º, inciso 3 y 2.º inciso 20, de la Constitución, respectivamente.

2. Antes de evaluar el fondo de la controversia, es necesario precisar que el pago que la Municipalidad emplazada ha establecido como condición para atender el escrito de impugnación del recurrente, comprende en realidad dos conceptos claramente separados conforme al propio TUPA de la referida municipalidad. Así, en el rubro 1 de la Ordenanza N.º 084/MDS, referido al cobro por concepto de *Recursos impugnativos*, se fija para el caso, tanto del recurso de reconsideración como del recurso de apelación, la suma de diez nuevos soles, mientras que en el rubro N.º 7, referido a la *Recepción de documentos en general*, se fija como monto la suma de cinco nuevos soles.
3. Este Tribunal considera que lo que en realidad se está cuestionando por contravenir los derechos de petición y de defensa, es el concepto referido al cobro por “derecho de impugnación”, consignado en el rubro 1 del TUPA de la municipalidad emplazada. En consecuencia, este extremo será materia de análisis por parte de este Colegiado.

§1. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración

4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto que ambos se han limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el *a quo*, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)”(fundamento jurídico sexto de la sentencia).
5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).
6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.
8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».
9. Por tanto, el artículo 138.º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.
10. En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –*dimensión subjetiva*–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –*dimensión objetiva*–.
11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en un etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –*dimensión subjetiva*–.

12. Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º).

13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa

(...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7º CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento^{241[1]}.

14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

15. En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) **garantizando los**

^{241[1]} FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. «Los derechos fundamentales y el control constitucional». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. pp. 113-137. [Versión on line, www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso]. Citado el 03 de julio de 2006.

derechos e intereses de los administrados y **con sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general» (énfasis agregado).

16. De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.
17. Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.º de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)^{242[2]}.
19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.
20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

^{242[2]} Véase las sentencias emitidas en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.
22. **En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.**

§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139.º, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental^{243[3]}. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.
24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el

^{243[3]} Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N.º 2209-2002-AA/TC, de manera más precisa el fundamento 19, donde ha quedado establecido que "(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acríticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias".

Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce “(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)” (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.
26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

§4. La imposición del pago de un *derecho por recurrir un acto de la administración* incentiva la arbitrariedad de los actos de poder

27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del *a quo*, el recurrente ha arrojado que “(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración”.
28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

§5. El derecho de petición y su desarrollo constitucional

29. El recurrente también ha señalado en su escrito de demanda y en su recurso extraordinario que el pago de un derecho previo a la presentación de un escrito de impugnación de una

resolución de la municipalidad emplazada afecta su derecho constitucional de petición, previsto en el artículo 2.º, inciso 20, de la Constitución.

30. El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad^{244[4]}. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este “(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho”. (Fundamento jurídico 2.2.2).
31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, 27444, específicamente en los artículos 106.º a 112.º, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho “de contradecir actos administrativos”. De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:
 1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o, f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.
 2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de *queja* o el derecho al *recurso* administrativo del derecho de *petición*^{245[5]}. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.
 3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la

^{244[4]} Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes N.ºs 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.

^{245[5]} García de Enterría y Fernández enfatizan que: “La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de las *peticiones*, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las *quejas* (...) que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren”. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 510, Civitas, Madrid, 2001.

petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.

32. Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

§6. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa

33. Visto de cara a la posibilidad de impugnar la decisión de fondo de la municipalidad emplazada en un procedimiento contencioso o en un amparo, si acaso dicha decisión contuviera una decisión que afectara de manera inminente un derecho fundamental, el tema aquí planteado también puede enfocarse desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, se trata ahora de responder a la pregunta de si el establecimiento de una tasa o derecho, toda vez que estamos aún en un procedimiento ante la propia administración, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?

34. En la STC. 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.

35. **Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio *solve et repete* era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del “pague primero y reclame después”, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.**

§7. Necesidad de establecer el presente caso como precedente

36. A raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el concepto de *precedente constitucional vinculante*. Ello comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.
37. En la clásica tradición del *Common Law* norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre

toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:

- A) En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
 - B) La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.
 - C) Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*).
38. La incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro derecho comparte la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica. Si bien, *prima facie*, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos.
- Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados.
39. En el derecho comparado se advierten diferentes mecanismos que permiten que los propios tribunales puedan autoplantearse, de oficio, un proceso de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse con efectos generales sobre una ley que ha sido, en principio, impugnada a través de un proceso de tutela de un derecho fundamental como el amparo. Así, en el caso español, cuyo sistema de jurisdicción constitucional puede considerarse, *prima facie*, muy semejante al nuestro, se establece, en el artículo 52.5^{246[6]} de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la llamada “autocuestion de constitucionalidad” que permite “convertir” un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, permitiendo, de este modo, la emisión de una sentencia con efectos generales que podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución.
40. Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la

^{246[6]} “(...) en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)”.

defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este Colegiado.

Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constata, además, que los efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de esta forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:
 - a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.
 - b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
 - d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.
 - e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente

42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.
43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente,

en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

§7.2. Condiciones del uso del precedente

44. De esto se desprende que el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...)el valor de precedente de una decisión está determinado por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (*fattispecie*) concreto de la controversia sometida a juicio”^{247[7]}

45. En este sentido, este Colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo. Ello, no obstante, no hace que el precedente normativo que este Colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la “*Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo*”.

46. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos

^{247[7]} Kauper, Paul G. “La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti”, en Giuseppino Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, p.221

en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional

47. Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.
48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.
49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional^{248[8]}. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

§9. El precedente extraíble en el presente caso

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:
 - A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la

^{248[8]} Véase, por ejemplo, en lo que respecta al Tribunal Federal Alemán, el párrafo 31.1, BverfGG: “Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Estados, a todos los tribunales y a todas las autoridades administrativas”. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Vol I, N.º 1, CEC, Madrid, 1981, pág. 235 ss.

interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

- B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena a que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50, *supra*, de esta sentencia.
3. Remitir copia de la presente sentencia a la Presidencia del Consejo de Ministros a efectos de que se adoptan las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado, conforme a las competencias que le confiere el artículo 119.º de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGROYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
006-2006-PC/TC**

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

De 12 de febrero de 2007

PROCESO COMPETENCIAL

Poder Ejecutivo (demandante) c. Poder Judicial (demandado)

SÍNTESIS

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), representado por la Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

**Magistrados firmantes:
LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ**

**EXP. N.º 0006-2006-PC/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO**

-

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento del Magistrado Bardelli Lartirigoyen.

I. ASUNTO

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, representado por la Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 13 de octubre de 2006, Patricia del Carmen Velasco Sáenz, Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de la representación del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en los procesos judiciales relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas, interpone demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial por considerar que, en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo; concretamente, el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución; así como el artículo 121º y 128º de la Constitución^{249[1]}. En consecuencia solicita: (1) que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; (2) que se declare la nulidad de lo siguiente:

- Resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el Decreto Supremo N.º 04-94-MITINCI modificado por el Decreto Supremo 04-97-MITINCI, y las resoluciones judiciales recaídas en procesos de cumplimiento que ordenan al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) abstenerse de restringir o modificar la situación de las empresas que se dedican a la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N.º 27153 con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.º 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N.º 27153 con posterioridad a la publicación de la sentencia emitida del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.º 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable la Ley 27796, norma que modificó la Ley N.º 27153.
- Todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originen conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

Fundamentos de la demanda: La demandante alega:

- Que, después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo.
- Que, al respecto, pueden identificarse dos escenarios; el primero de ellos está determinado por la vigencia de la Ley N.º 27153 y la declaración de inconstitucionalidad de sus artículos 38º y 39º, así como de su primera y segunda disposiciones transitorias, estando las demás disposiciones de la Ley conformes a la Constitución. El segundo tiene lugar desde la vigencia del texto que modifica la Ley N.º 27153 –Ley N.º 27796– y se caracteriza por la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo, la misma que se orienta a convalidar el régimen tributario y administrativo de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas (Expedientes. N.º 4227-2005-PA/TC, N.º 9165-2005-PA/TC, N.º 1882-2004-AA/TC, N.º 0681-2004-AA/TC, N.º 1594-2004-AA/TC, entre otros).
- Que, en consecuencia, pese a que las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas son constitucionales, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo se ha visto imposibilitado de ejecutarlas debido a que un importante número de operadores de dicha

^{249[1]} Fojas 14 del expediente.

actividad cuenta con sentencias favorables emitidas por el Poder Judicial, que pese a ser contrarias a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional, han adquirido la calidad de cosa juzgada.

- Que la Ley N.º 27153 –modificada por la Ley N.º 27796–, Ley de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, confiere a la Dirección Nacional de Turismo facultades para autorizar, fiscalizar, supervisar, evaluar y sancionar actividades vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Ello, en virtud de que dicha actividad económica se permite excepcionalmente, como parte de la actividad turística en nuestro país; siendo el MINCETUR el sector competente para llevar a cabo funciones de administración, fiscalización y sanción en dicha materia.
- Y que, no obstante, el Poder Judicial viene otorgando licencias de funcionamiento a través de sus sentencias, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el Tribunal Constitucional e, incluso, han implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere. A ello se suma que algunos funcionarios del Poder Ejecutivo han sido denunciados por operadores informales, bajo el argumento de que cuentan con sentencias favorables; sin embargo, dichas sentencias fueron emitidas sobre la base de normas que en la actualidad han perdido vigencia y nuestro ordenamiento no contempla la aplicación ultractiva de las normas.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 30 de enero de 2007, el Presidente del Poder Judicial se apersona al proceso, contesta la demanda y solicita que sea desestimada, por los siguientes fundamentos:

- Que, de conformidad con lo establecido en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y las sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional, en el presente caso no se configura un supuesto de conflicto de competencias, pues de la revisión de la demanda se desprende que lo que se pretende en este proceso es que se lleve a cabo una nueva revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que son, por tanto, inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento.
- Que dichas resoluciones fueron emitidas en el marco de procesos judiciales en los cuales el MINCETUR pudo ejercer plenamente su derecho de defensa; y, en todo caso, aun en el supuesto de que algunos jueces hubiesen fallado en un sentido distinto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello configuraría un error de juzgamiento, pasible de ser cuestionado a través de los medios impugnatorios regulados en cada tipo de proceso y no mediante un proceso competencial.
- Que no se ha arrogado indebidamente facultades; por el contrario, el Poder Judicial se ha limitado a ejercer legítimamente el ejercicio de sus atribuciones constitucionales de controlar jurídicamente los actos de gobierno (artículos 148º y 200º, inciso 2 de la Constitución), sin pretender, en ningún momento, asumir la facultad de otorgar licencias de funcionamiento, puesto que resulta evidente que dicha atribución le corresponde al Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad administrativa.
- Que el MINCETUR atribuye al Poder Judicial haberse arrogado competencias que al primero no le han sido atribuidas ni por la Constitución ni por las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, sino por la Ley N.º 27153, norma que no forma parte del bloque de constitucionalidad según los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, con lo cual se incumple lo establecido por el artículo 109º del Código Procesal Constitucional.
- Y, finalmente, que la independencia de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional no sólo constituye una garantía de los ciudadanos, sino también un derecho que la Constitución le reconoce expresamente a cada magistrado (artículo 139º, inciso 2), derecho que se pretende infringir mediante el proceso constitucional incoado.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

El Tribunal Constitucional estima que, para la resolución de la presente controversia, será necesario responder las siguientes cuestiones de relevancia constitucional:

- 1) ¿El ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las competencias o atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales?
- 2) ¿Cuál es la competencia o atribución del Poder Ejecutivo afectada ilegítimamente por el Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional?

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio de la demanda

1. Del análisis de la demanda y de los demás actuados se aprecia que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la presunta afectación de las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo por los artículos 118º, incisos 1 y 9, y 121º y 128º de la Constitución^{250[2]}, y, como consecuencia, (1) determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; y (2) declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos.
2. No obstante, antes de resolver la cuestión de fondo, este Colegiado considera conveniente, en primer lugar, pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado; y, en segundo lugar, realizar algunas consideraciones de relevancia constitucional.

§2. Sobre las excepciones propuestas por el demandado

3. El demandado, en la vista de la causa, ha propuesto las siguientes excepciones: 1) de representación defectuosa y 2) de litispendencia.

Respecto a la primera, alega que el demandante no ha cumplido con adjuntar el informe técnico legal que sustente la procedencia de la demanda, tal como lo establece el artículo 1º del Decreto Supremo 060-2006-PCM^{251[3]}. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento, por cuanto el hecho de que no se haya acompañado el informe técnico legal a la demanda no implica que se haya incumplido con lo establecido en dicho dispositivo legal; por el contrario, se aprecia claramente del Oficio N.º 424-2006-SCM-PR^{252[4]}, de fecha 3 de octubre de 2006, que, antes de interponer la presente demanda, se han emitido los informes técnicos respectivos.

4. Respecto a la segunda, el demandado sostiene que existen, por lo menos, dos procesos constitucionales de amparo pendientes de resolver en los cuales ambos poderes del Estado son parte y por tanto con el mismo interés en el objeto respecto de la pretensión. Sobre este argumento el Tribunal Constitucional tampoco aviene con el demandado. No debe perderse de vista, como ya lo ha dicho este Colegiado^{253[5]} que

si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los

^{250[2]} Fojas 14 de la demanda.

^{251[3]} Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de setiembre de 2006.

^{252[4]} Fojas 25 del expediente.

^{253[5]} STC 4903-2005-PHC/TC (fundamento 3)

derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

5. Precisamente sobre la base de esta especificidad del Derecho Procesal Constitucional es pertinente precisar que el competencial es un proceso constitucional autónomo respecto de otros procesos judiciales o constitucionales y, a diferencia del proceso de amparo, está orientado predominantemente a la tutela del orden constitucional objetivo, el cual se asienta en los principios de redistribución territorial del poder –*división vertical*– y en el de separación tanto de poderes como de órganos constitucionales –*división horizontal*–, sin que ello implique omitir la presencia de la dimensión subjetiva. Condicionar la resolución del presente proceso competencial a lo que se resuelva en los procesos de amparo a los que hace referencia el demandado, implicaría que este Colegiado abdique de su función de ser el órgano encargado del control constitucional, según establece el artículo 201º de la Constitución y, en particular, de la tutela de los fines de los procesos constitucionales previstos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Dilucidadas estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ingresará al fondo de la controversia.

§3. Presupuestos del proceso competencial

6. En sentencia anterior^{254[6]} el Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Así, se ha señalado que el elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición hoy del art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial.
7. Mientras que, de acuerdo al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, *prima facie*, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de este modo, fuera de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea porque no existe coincidencia de sujetos o porque se advierte falta de materia constitucional. Se reconoce, así, una reserva de jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.
8. En el caso de autos el elemento subjetivo se configura plenamente pues se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución (artículo 200º, inciso 3) y por el artículo 109º del Código Procesal Constitucional, según el cual
“(…) el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)”.
9. En lo que toca al elemento objetivo, el demandante señala que las atribuciones afectadas por el Poder Judicial son las previstas en los artículos 118º, incisos 1 y 9, y 121º y 128º de la Constitución. Frente a tal aserto, el demandado estima que no existe un conflicto de naturaleza constitucional por dos razones: 1) porque es evidente que las atribuciones previstas a favor del Poder Ejecutivo en las disposiciones constitucionales antes mencionadas no precisan ser reconocidas a través de un proceso competencial; 2) porque el supuesto conflicto se daría en virtud a una ley ordinaria y no a una de naturaleza constitucional o ley orgánica.

^{254[6]} STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).

10. El Tribunal Constitucional disiente de las afirmaciones del demandado. De primera intención debe recalcar que la jurisprudencia de este Colegiado distingue entre conflicto constitucional de competencias y conflicto constitucional de atribuciones. Así, mientras el primero está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización), el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales^{255[7]}.
11. La comprobación de la presencia del elemento objetivo en el proceso competencial, si bien tiene como punto de partida lo que las partes del proceso señalan, le corresponde al Tribunal Constitucional dada su condición de instancia suprema y única de resolución de los conflictos constitucionales de competencias y de conflictos constitucionales de atribuciones. Por ello si bien el demandante hace mención a las atribuciones del MINCETUR previstas en las Leyes 27153 y 27796, que regulan la explotación de los Juegos de Casino y Máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional aprecia que, en estricto, el conflicto constitucional gira en torno a las atribuciones previstas en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución.

§4. Atribuciones constitucionales y ejercicio de la función jurisdiccional

12. La determinación de los elementos objetivo y subjetivo en el presente proceso competencial no significa, de por sí, que exista una afectación de las atribuciones reconocidas al Poder Ejecutivo por el citado artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución. Necesario es, primero, determinar, de manera general, si el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; y, en el supuesto afirmativo, esclarecer si, en el presente caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo –más específicamente, del MINCETUR-.
13. En cuanto a lo primero cabe señalar que la Constitución prevé que “[l]a potestad de administrar justicia emana del Pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (artículo 138° de la Constitución). Esta disposición concuerda con lo establecido en el artículo 45° de la Norma Suprema; y ello es así porque uno de los principios fundantes de todo Estado Constitucional de Derecho es aquél según el cual el poder del Estado emana del Pueblo, aunque es bueno siempre reiterar que el ejercicio de ese poder se realiza dentro de las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.
14. La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo –salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular (artículo 152° de la Constitución)–. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.
15. Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado.

^{255[7]} STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).

16. En tal línea puede predicarse entonces que así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo –motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan–, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Esto, como es evidente, no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia, lo que se configura también como una reserva jurisdiccional inmune a los actos políticos; esta indemnidad, no obstante, no ocurre frente a la jurisdicción constitucional, a tenor del artículo 202º, inciso 3 de la Constitución, pues ella es la encargada de examinar los conflictos de competencia y atribuciones, a fin de que no se produzcan superposiciones o menoscabos de las atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado.
17. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias. Mientras el conflicto constitucional *positivo* se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el conflicto constitucional *negativo* se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.
18. Junto a ellos se ha advertido también el *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro^{256[8]}.
19. Esta reseña no agota el catálogo de las formas en las que puede manifestarse un conflicto constitucional. En efecto, más allá de lo previsto en el artículo 110º del Código Procesal Constitucional,
- en los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, el recurrente puede aducir que sus atribuciones son perturbadas por un acto o comportamiento que se considere ilegítimo del demandado y que le ocasione un perjuicio, o bien por interferir en su esfera de competencias, o por impedir ejercitar atribuciones propias, o por obstaculizar la eficacia de sus actos, o turbar su independencia como poder del Estado^{257[9]}.
20. En este tipo de conflicto podemos encontrar que en el ejercicio de su función jurisdiccional el Poder Judicial afecte las atribuciones que la Constitución reconoce a otros poderes del Estado u órganos constitucionales. Tal situación ha sido también prevista en la doctrina, precisándose que
- serían competencia de la *Corte* aquellos conflictos relativos a atribuciones jurisdiccionales, producidos cuando un poder del Estado considera que un órgano jurisdiccional pretende definir una relación de la que se deriva una lesión a su esfera de atribuciones. En ese sentido, estaría incluida no sólo la casación y la magistratura ordinaria, sino también las jurisdicciones especiales^{258[10]}.
- Sería así en el supuesto que el Poder Judicial pretendiese perturbar la facultad del Congreso de la República de indagar, a través de las comisiones de investigación o de cualquier otra comisión

^{256[8]} STC 0005-2005-CC/TC (fundamento 23).

^{257[9]} TRUJILLO RINCÓN, María. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995. p. 156.

^{258[10]} TRUJILLO RINCÓN, María. *Op. cit.* p. 162.

dotada de tal facultad, de acuerdo con el artículo 97º y 139º inciso 2 de la Constitución, o también si interfiriese en las atribuciones que la Constitución (artículo 118º) le reconoce al Poder Ejecutivo.

21. En estos casos, es evidente que el conflicto de atribuciones no se configura como una disputa por una competencia o atribución entre poderes del Estado u órganos constitucionales –*conflicto constitucional positivo*–, como una negativa a asumir competencias o atribuciones –*conflicto constitucional negativo*–, o como un *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*; antes bien,

“el conflicto de atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar, en todo o en parte, la actividad que le compete”^{259[11]}.

22. Se trata aquí de un tipo de conflicto que se ha venido a denominar como *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*. Puede este clasificarse en: a) conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*; b) conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*. En el conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

En el conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

23. Es por ello, que el Tribunal Constitucional precisa, a través de la presente sentencia, que también cabe hablar, dentro de los tipos de conflictos de competencia y de atribuciones, *de un conflicto constitucional por menoscabo*, según el cual, junto a la configuración subjetiva se añade otra, objetiva, más amplia, que atañe no sólo a la titularidad o pertenencia de la competencia, sino al modo como, sustancial y procesalmente, ésta se ejerce. En tal supuesto, lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución -cuya titularidad no se discute- está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser derivada, una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo, tal como también lo reconoce la doctrina constitucional atinente^{260[12]}.

§5. Análisis del caso concreto

^{259[11]} GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 148.

^{260[12]} “A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che é controverso é *come* un potere –della cui titolarità non si discute– viene esercitato, sempre che dall’illegitima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell’ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione (...)”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, Nuova edizione, 1988. p. 339.

24. Habiéndose determinado, en abstracto, la posibilidad de que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial genere un conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones, corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, en el presente caso, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en el artículo 118º, inciso 1 y 9 de la Constitución?
25. Al respecto, el demandante sostiene que el Poder Judicial, a través de sus diferentes instancias, viene adoptando decisiones que afectan las esferas de las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo, específicamente del MINCETUR^{261[13]}. Por su parte, el demandado afirma que no ha adoptado decisiones que lesionen las atribuciones del MINCETUR, que su actuación ha sido la de dar solución a un conflicto intersubjetivo suscitado en cada caso particular, donde el MINCETUR salió desfavorecido, lo cual en modo alguno puede afectar sus competencias y atribuciones^{262[14]}.
26. A juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se configura un *conflicto de atribuciones por menoscabo*, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118º, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118º, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento, tal como consta en autos de fojas 27 a 302.
27. En el presente caso, dada la peculiar configuración de este tipo de conflicto, no cabe recurrir al *test de la competencia*, pues no está en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. En todo caso, el principio de jerarquía (de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones del Poder Judicial en materia de los procesos constitucionales) es el que se muestra como el más idóneo para determinar la legitimidad de los actos jurisdiccionales que estarían menoscabando algunas de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo.
28. Esto, conviene enfatizar, no convierte al Tribunal Constitucional en parte en el presente proceso constitucional, ni tampoco comporta la sustitución de las facultades y deberes que, como parte legitimada, le corresponden al Poder Ejecutivo. La consideración de las sentencias y de los precedentes vinculantes como parámetro de legitimidad y validez constitucionales de las resoluciones del Poder Judicial, por tanto, no compromete ni pone en cuestión la imparcialidad e independencia de este Colegiado, ni tampoco su condición de instancia única y suprema de resolución de los procesos de conflicto de competencias o de atribuciones, tal como dispone el artículo 202º, inciso 3 de la Constitución.

5.1. Afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes

29. Es cierto, como ya se ha señalado *supra*, que la Constitución (artículo 138º) reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional. Pero no se puede negar que dicho ejercicio, para que sea constitucionalmente legítimo, debe estar dentro del marco constitucional establecido. Dicho esto cabe precisar que el Congreso de la República había dictado la Ley 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.
30. Esta Ley fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad^{263[15]}. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición

²⁶¹[13] Fojas 1 del expediente.

²⁶²[14] Fojas 650 del expediente.

²⁶³[15] STC 009-2001-AI/TC.

Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones. Esta sentencia, posteriormente, mereció la intervención del legislador a través de la Ley 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada.

31. El Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, estableció un precedente vinculante^{264[16]}, cuyo tenor es el siguiente:

al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscriba su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

32. Siendo así, al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificada por la Ley 27796. Es verdad que la Constitución ha establecido que *todos* tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38º), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional.

33. La potestad del Poder Ejecutivo de exigir el cumplimiento de la ley antes mencionada es indiscutible, no sólo porque tal atribución le viene dada, inequívocamente, por la Constitución, sino también porque la comentada es una norma vinculada con aspectos tributarios cuyo ámbito de regulación desborda el plano de mera legalidad y repercute en diversos aspectos fijados por el orden constitucional, tales como la salud pública, la moral y la seguridad pública. En efecto, la finalidad de la Ley 27153 (artículo 1º) es

“regular la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de proteger a la ciudadanía de posibles perjuicios o daños que afecten la moral, la salud y seguridad pública; así como promover el turismo receptivo; y establecer el impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas”.

34. Esta atribución constitucional del Poder Ejecutivo se ve reforzada por la propia Ley 27153, modificada por la Ley 27796, la cual prevé que su cumplimiento se encarga (artículo 24º) a la Dirección Nacional de Turismo –entidad adscrita al MINCETUR y, finalmente, al Poder Ejecutivo–, previsión que se despliega en las facultades de autorizar, fiscalizar, supervisar e imponer sanciones en el ámbito de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. De ahí que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce.

5.2. La afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales

^{264[16]} STC 4227-2005-AA/TC (fundamentos 43 y 44).

35. En cuanto a la atribución constitucional de cumplir y hacer cumplir la sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en el Poder Ejecutivo reposa la obligación de hacer cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, tal como expresamente lo prevé el artículo 118º, inciso 9 de la Constitución. Sin embargo, esta atribución, al igual que la prevista en el artículo 118º, inciso 1, se ha visto menguada por la inconstitucional tutela de determinadas demandas de amparo y de cumplimiento por parte de algunos jueces del Poder Judicial, en abierto desconocimiento de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales emitidas.
36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201º) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202º), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.
37. Particularmente, las sentencias que recaen en los procesos de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada. Por ello, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución. Tal como lo ha establecido este Colegiado en resolución anterior,
la Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de “participes” en la interpretación del texto *supra*. La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad^{265[17]}.
38. De otro lado, el control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la *función pacificadora y ordenadora* del Tribunal Constitucional, según la cual, las sentencias que éste expida y queden firmes, considerando su posición de instancia única en el control abstracto de constitucionalidad, son irrecurribles
en el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205º de la Constitución Política del Perú y, en ese sentido, deben ser actuadas en sus propios términos por todos los poderes públicos y, singularmente, por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Pero, al mismo tiempo, constituye cosa juzgada material, impidiendo que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas^{266[18]} (*subrayado agregado*).
39. Debe puntualizarse, asimismo, que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: *fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos*. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes

^{265[17]} RTC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (fundamento 23).

^{266[18]} STC 0003-2005-AI/TC (fundamento 3).

públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. Ello se refrenda con la Constitución (artículo 204°), que señala que

«la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación dicha norma queda sin efecto».

y con el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, que dispone que

“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos”.

40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones *-ratio decidendi-*. Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado que

las sentencias no sólo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como “supremo intérprete de la Constitución” (art. 1.º de la LOTC), son precisamente las “interpretaciones” que se ubican en la parte de la justificación del fallo. Como se ha observado, dentro de la motivación hay que ubicar la denominada *ratio decidendi* -o “hilo lógico” del razonamiento de los jueces-, que comprende en los sistemas del *common law* tanto el principio de derecho como el hecho relevante considerado por el Juez (*holding*), como también las denominadas *obiter dicta* o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*)^{267[19]}.

41. Es necesario precisar, por ello, que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no sólo respecto al *decisum* o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos *-ratio decidendi-* que constituyen su fundamentación^{268[20]}. Y es que, a diferencia de los *obiter dicta* -que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios-, la *ratio decidendi* constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima^{269[21]}.

42. Es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que (...) Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

De igual modo, el artículo VII precisa que

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia,

^{267[19]} Por todos, STC 4119-2005-PA/TC (fundamento 12); también STC 0024-2003/AI/TC.

^{268[20]} STC 6167-2005-PHC/TC (fundamento 2)

^{269[21]} STC 0012-2005-PI/TC (fundamento 4).

precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.
44. Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía^{270[22]}. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella.
45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.
46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138° de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, pues tal como se ha señalado anteriormente
al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto (...)^{271[23]}.
47. De ahí que sea necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisibles y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de *última ratio* de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución.
48. De otro lado, en cuanto al incumplimiento del precedente vinculante dictado en la sentencia 4227-2005-AA/TC, es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala la Constitución en su artículo 118°, inciso 1. En este caso, la ilegitimidad constitucional de la

²⁷⁰[22] STC 0002-2005-PI/TC (fundamento 36).

²⁷¹[23] STC 0019-2005-AI/TC (fundamento 66)

estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria.

49. En efecto, el Tribunal Constitucional, tal como lo señala en el propio precedente, ya había advertido que

en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad^{272[24]} (subrayado agregado).

50. Por eso mismo dispuso que tal sentencia,

constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas, 44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas (subrayado agregado).

51. No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

52. Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo. De ahí que

(...) puesto que prácticamente toda cuestión jurídico-constitucional puede ser planteada de alguna manera al Tribunal Constitucional (...) su interpretación

^{272[24]} STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 42).

tiene, como consecuencia de la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los órganos del estado,, tribunales y poderes públicos (...) una importancia extraordinaria. Los Tribunales Constitucionales deciden sobre el derecho constitucional de manera vinculante en última instancia y por tanto con autoridad. Esto es diferente en estados sin justicia constitucional. En estos la clarificación determinante de las normas constitucionales es practicada por otros órganos constitucionales (Parlamento, Jefe de Estado)^{273[25]}.

Dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de justicia constitucional, un juez, si es leal a la Constitución y a la ley, jamás puede ir en contra de los valores democráticos y del respeto de la Constitución y de su interpretación.

53. El respeto por el precedente establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial, se concretó en la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, de fecha 13 de marzo de 2006^{274[26]}, en la cual se dispuso que:
- todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...) N.º 4227-2005-AA/TC (...)

Aunque, poco después el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un Comunicado de fecha 4 de abril de 2006, que por cierto no tiene carácter jurídico y carece de efectos legales, pretendió desconocer los efectos normativos de dicho precedente (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), recurriendo a una inconstitucional interpretación de la independencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial (artículo 146º, inciso 1 de la Constitución).

54. Todo ello muestra que la estimación de las demandas de amparo y de las demandas de cumplimiento por parte Poder Judicial desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas *supra*, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (artículo 118º, inciso 9) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último, por lo que es necesario, ahora, que se determine, para el presente caso, los efectos de la sentencia atendiendo a la particularidad de este tipo de conflicto de atribuciones.

§6. Los efectos de la sentencia del presente proceso competencial

55. La primera cuestión que se debe precisar es que, como se ha visto, el de autos no es un conflicto de atribuciones constitucionales positivo, negativo o de omisión en cumplimiento de acto obligatorio. Además de la vinculación a los poderes públicos y efectos *erga omnes*, para el primer caso, el Código Procesal Constitucional (artículo 113º) prevé que la sentencia

(...) determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos (*subrayado agregado*).

56. Para el supuesto de los conflictos de competencias o atribuciones negativas, el mismo dispositivo establece que

la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.

^{273[25]} STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 289.

^{274[26]} Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.

De lo cual se concluye que, normalmente, la sentencia sobre el fondo que pone fin al proceso competencial tiene como fin principal determinar la titularidad de las competencias o atribuciones que correspondan a un determinado poder del Estado u órgano constitucional, seguido, algunas veces, de la anulación de los actos viciados de incompetencia que se hayan dictado.

57. Sin embargo, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones constitucionales por menoscabo; por ende, es necesario que este Tribunal determine los efectos de éste conflicto. La doctrina señala que

esta decisión va, en principio, unida a la declaración sobre la competencia, de forma que si el órgano que emanó el acto o disposición impugnados carecía de competencia, o si aún teniéndola la ejerció de forma tal que lesionó la competencia de otro órgano, el Tribunal Constitucional debe necesariamente declarar su nulidad^{275[27]} (subrayado agregado).

58. Es evidente, entonces, que la sentencia en este caso no tiene como contenido principal determinar la titularidad de las atribuciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ambos entes han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales; antes bien, lo que hará será declarar la nulidad de aquellos actos -en este caso jurisdiccionales- viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo las sentencias del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, y que causan un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo. En esta forma de decisión, los efectos de la sentencia trascienden a las partes legitimadas en el proceso competencial.

59. Más aún, dichos actos jurisdiccionales se han dictado, como señala el demandante, al margen de lo que prescrito por el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial^{276[28]}, el cual establece que

“cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

60. Este vicio de ilegitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente de Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado:

(...) así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional

^{275[27]} GÓMEZ MONTORO, Ángel. *Op. cit.* p. 449.

^{276[28]} Escrito del demandante de fecha 9 de febrero de 2007.

(...)

Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente^{277[29]}.

61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado^{278[30]}. Y ello es así porque

la norma fundante básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen^{279[31]}.

62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas *supra*.

63. Por ende, en aplicación del artículo 113º del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de incompetencia, debe declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que han estimado sendas demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118º, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir.

§7. Sobre las solicitudes presentadas por la Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas y otros

64. La Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas, con fecha 2 de noviembre de 2006, Sun Inversiones S.A.C., con fecha 16 de noviembre de 2006, así como Los Faraones S.A.C., Import & Export Golden S.A.C., Exactum Game S.A.C., Abraxsa S.A.C., Sagitario S.A.C., El AZ Ganador S.A.C., Apex Corporation S.A.C., de fecha 2 de noviembre de 2006, presentaron solicitudes a fin de que el Tribunal Constitucional permita su intervención en este proceso.

65. Debe precisarse al respecto que, si bien el proceso competencial, como todo proceso constitucional, tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva, es evidente que, principalmente, está vinculado a la garantía del orden objetivo constitucional; además, el Tribunal Constitucional resuelve, en este tipo de conflictos de atribuciones por menoscabo, más que por lo que puedan argumentar las partes o los que quisieran intervenir en el proceso, por el contraste del acto o disposición con el conjunto del ordenamiento constitucional.

66. Debe puntualizarse que en el proceso competencial se resuelven las controversias jurídicas de los sujetos legitimados por la Constitución (artículo 202º, inciso 3) y el Código Procesal Constitucional (artículo 109º). Ciertamente, sus efectos -como todo acto legislativo, judicial o administrativo-

^{277[29]} STC 0047-2005-PI/TC (fundamentos 33-34).

^{278[30]} STC 3741-2004-AA/TC (fundamento 42).

^{279[31]} KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México D.F. UNAM, traducción de segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, 1982. p. 214.

pueden incidir, directa o indirectamente, sobre la esfera jurídica de terceros, pero no puede decirse que de ahí se derive, necesariamente, una afectación del derecho al debido proceso; más aún si se considera que los derechos fundamentales no son absolutos, sino susceptibles de afectaciones legítimas por parte del Estado.

67. No obstante ello, mediante decreto de fecha 1 de enero de 2007, este Tribunal ha dispuesto que se tenga en consideración, en lo que sea constitucionalmente relevante, para la resolución de la presente controversia constitucional, las apreciaciones de los solicitantes. Siendo ello así, de los escritos presentados se puede extraer que la cuestión esencial que se plantea es que se estaría afectando, en caso se declare fundada la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo, la garantía de la cosa juzgada reconocida por el artículo 139º, inciso 2 de la Constitución^{280[32]}.

§8. Sobre la cosa juzgada constitucional

68. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento de los solicitantes. En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de *cosa juzgada*, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6º del Código Procesal Constitucional. Al efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201º), y que, en determinados procesos constitucionales -hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento-, es instancia final de fallo (artículo 202º, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros -proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial- es instancia única (artículo 202º inciso 1); de ahí que sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1º de la LOTC).
69. Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.
70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.
71. Bajo estas consideraciones, es evidente que en el presente caso las resoluciones judiciales que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no puede afirmarse que su nulidad constituya una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, ambos principios reconocidos en el artículo 138º, incisos 2 y 3 de la Constitución, respectivamente. Y es que de la relación que existe entre la Constitución y el proceso se deriva que éste no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral de cara la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica propia del positivismo y relativismo procesalista; antes bien, debe entenderse como un

^{280[32]} Fojas 313, 403 y 769.

instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales.

§9. Sobre la Ley N.º 28945

72. Con fecha 24 de diciembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N.º 28945, Ley de Reordenamiento y Formalización de la Actividad de Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas; el artículo 2º de la Ley mencionada establece que

“También podrán acogerse al procedimiento de reordenamiento y formalización previsto en el presente artículo, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, vienen explotando salas de juego de máquinas tragamonedas con Autorización Expresa otorgada por la Dirección Nacional de Turismo en cumplimiento de un mandato judicial.

Igualmente, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, han venido explotando salas de juego de máquinas tragamonedas en virtud de acuerdos privados celebrados con titulares de sentencias o resoluciones judiciales que restringieron el ejercicio de las facultades de autorización, fiscalización y sanción de la Dirección Nacional de Turismo”.

73. Sobre esto es necesario reiterar que

el ocio que promueve a través el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta que pueden generar adicción –ludopatía– con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas^{281[33]}.

74. En ese sentido, si bien tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo han considerado necesario dictar una normativa que permita la formalización y regularización de las empresas que se dedican a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional estima que, en ningún caso, las resoluciones judiciales antes mencionadas pueden dar lugar a la exoneración o incumplimiento de los requisitos legales establecidos para dicha actividad. En todo caso, es legítimo que la autoridad correspondiente exija el pleno acatamiento de tales requisitos y, en los casos que corresponda, que aplique las sanciones administrativas y medidas correctivas previstas en las leyes correspondientes.

75. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional estima pertinente recordar que, de acuerdo con el artículo 47º de la Constitución, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos, los que deben actuar con la responsabilidad y diligencia debida a fin de resguardar el cabal cumplimiento del orden público constitucional. Del mismo modo, recomienda que el Poder Ejecutivo, en general, y la procuraduría pública del MINCETUR, en particular, realicen todos los actos necesarios que coadyuven al cumplimiento efectivo del mandato constitucional reconocido en el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo

^{281[33]} STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 40).

118º, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, **NULAS** las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 24 de enero de 2003, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de declaración de certidumbre (Exp. N.º 066-2002) seguido por Sociedad Exportadora Santa Isabel S.A.C., Harumi Company S.A.C., Sun Nippon Company S.A.C., Pacific Entertainments S.A.C., Famh E.I.R.L, Inversiones CMM S.A.C. y MCM Recreativos S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Primera Sala Mixta de Junín, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, y fue elevada en casación, siendo declarada improcedente por la Sala Civil Suprema mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2005; por conceder, a favor de las empresas demandantes, plazos irrazonables y manifiestamente excesivos de adecuación a la Ley 27153 (entre 15 y 20 años); apartándose de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 009-2001-AI/TC, en el extremo en que este Tribunal se pronunció sobre la necesidad de establecer un **plazo razonable** de adecuación, acorde con el principio de proporcionalidad (fundamento 17).
- La resolución de fecha 18 de junio de 2006, emitida por Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, en el proceso de amparo (Exp. N.º 125-2004) seguido por Vaclau S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo; por otorgar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 7 de enero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 179-2004) seguido por Nevada Entretenimientos S.A.C., Juegos Recreativos Huascarán S.A.C., Inversiones Las Siete Tinajas S.A.C., Tourist Entretenimientos S.A.C., Alpamayo Inversiones S.A.C., Entretenimientos del Centro S.A.C., Oroya Turística S.A.C., Sierra Machines S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Junín, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2005; por contradecir los fundamentos 3, 4 y 8, entre otros, de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 4 de febrero de 2005, emitida por el Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.º 804-2004) seguido por la Empresa Raymi & Games S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Civil de Cajamarca, mediante sentencia de fecha 6 de julio de 2005; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 13 de mayo de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, en el proceso de amparo (Exp. N.º 018-2004) seguido por Inversiones Malok S.A.C., Driza Holding S.A.C., Corporación Kodra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Maynas, mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2005; por contradecir lo dispuesto en el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, esto es, que los requisitos previstos en la Ley 27153 no afectan el derecho a la libre iniciativa privada ni el principio de igualdad.
- La resolución de fecha 9 de diciembre de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 149-2005) seguido por J.W. Corporation S.A.C., JD General Investment S.A., Merchant Investment Corporation, Red One S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 8 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 30 de enero de 2006, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 180-2005) seguido por Inversiones Andean del Centro S.A.C., Slots Zeta Games S.A.C., Slots Omega Investments S.A.C., Recreativos Slots del Pacífico S.A.C., La Máquina de la Suerte Investment S.A.C., Juego y Aventura Real S.A.C., Inversiones Palacio del Juego S.A.C., International Juegos Huari S.A.C., Gaming Services Investment, Corporation Machines & Entertainment S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 5 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de noviembre de 2004, emitida por el Juzgado Mixto de Casma, en el proceso de amparo (Exp. N.º 364-2004) seguido por Z & Z Interset S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Chimbote, mediante sentencia de fecha 12 de agosto de 2005; por disponer aplicar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.

- La resolución de fecha 31 de agosto de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 097-2005) seguido por Camacho Games S.R.L., Saltadistas de la Suerte S.A.C., Machines Los Antes Slots S.A.C., Juegos Slots Multinacionales S.A.C., Sun Inversiones S.A.C., Metropolis Games S.A.C., Andean Slots S.A.C., Diversiones JR. S.A.C., Mak's International S.R.L. y Mundo Electrónico S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4, 5 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
 - La resolución de fecha 22 de agosto de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Yanahuanca-Cerro de Pasco, en el proceso de amparo (Exp. N.º 014-2005) seguido por Mex Lim S.R.L. e Inversiones Vizcarra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
 - La resolución de fecha 2 de setiembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Mixto de Cutervo, en el proceso de amparo (Exp. N.º 043-2005) seguido por Estrella de la Suerte S.A.C., Inversiones Balora S.A.C., Inversiones Bambamarca S.A.C. y Juegos y Diversiones Las Tullpas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
 - La resolución de fecha 19 de mayo de 2006, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.º 275-2006) seguido por la Empresa Los Faraones S.A.C. y Willians Gaming S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC y el FJ 40 de la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional.
 - Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.
2. Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:
- La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de amparo (Exp. N.º 408-1997) seguido por Compañía Hotelera Lima S.A., Compañía Hotelera Talara S.A., Consorcio de Inversiones Santa Fe S.A., Corporación Aventura S.A., Crystal Palace S.A., Diversiones y Entretenimientos del Perú S.A., Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., Fantasy Club del Perú S.A., Flamingo Games S.A., Inversiones Las Vegas S.A., Inversiones Hobby S.A., Inversiones Yeniva S.A., La Silueta S.A., Machine Games S.A., Poker S.R.L., Promotora El Dorado S.R.L., Suttner & Visser S.A., The Palace Fortune S.A., Tourist Investment S.A. y Xanthus S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
 - La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de cumplimiento (Exp. N.º 1265-1997) seguido por Corporación de Inversiones Santa Fe S.A., La Silueta S.A., Textilco S.A., Diversiones y Entretenimiento del Perú S.A., Fantasy Club del Perú S.A., y Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
 - La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Andahuaylas, en el proceso de amparo (Exp. N.º 0302-2001) seguido por el Consorcio de Inversiones Cathay S.A., Recreativos Fargo S.A., Balshem Gaming S.A. y Zlata Actividades Recreativas S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
 - La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.º 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.
 - La resolución de fecha 17 de enero de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Tingo María, en el proceso de amparo (Exp. N.º 174-2004) seguida por Siglo XXI S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Huánuco, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 2005.
 - La resolución de fecha 24 de febrero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Moquegua, en el proceso de amparo (Exp. N.º 060-2005) seguido por Magic Center S.C.R.L. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

- La resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.º 585-2005) seguido por Apex Corporation S.A.C. y 9 Reynas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- 3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Si bien coincido con la mayoría de los argumentos en que se sostiene la demanda me es preciso añadir lo siguiente:

Considero que la facultad otorgada al Tribunal Constitucional para declarar los efectos de su sentencia en el proceso competencial y con ello anular las resoluciones emitidas a partir de un viciado ejercicio de la competencia a que se refiere el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, debe efectuarse mediante un estricto test que aprecie las consecuencias de dicha anulación, mas aún si el efecto de la sentencia recaerá sobre resoluciones judiciales emitidas por una entidad a la que la Constitución le ha conferido el deber de impartir justicia, como lo es el Poder Judicial.

Por otro lado no es sólo la doctrina la que debe procurar elementos para apreciar la necesidad de corregir algún eventual ejercicio de las atribuciones del Poder Judicial que menoscaban las atribuciones de otros órganos constitucionales (en el caso el Poder Ejecutivo) sino también debe tenerse en cuenta la imbricación entre la Constitución y la ley con la realidad en la cual se desenvuelven y de la cual el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el propio Tribunal Constitucional no pueden situarse al margen.

En el caso que nos ocupa el artículo 138 de la Constitución Política otorga al Poder Judicial el ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en el inciso 13) del artículo 139, sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional, la Constitución establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; por otro lado nuestra Carta Magna establece que le corresponde al Poder Ejecutivo, específicamente al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y las sentencias de los órganos jurisdiccionales (incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución); y el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y ejerce tal atribución mediante la resolución de las causas que se someten a su conocimiento.

No cabe duda que el reparto de competencias establecido por la Constitución no puede conspirar contra el orden constitucional y provocar, en vez de la armonía y el balance de poderes una situación de conflicto permanente y lagunas exentas de control que desautoricen al Estado como componente esencial de la democracia. Es en este sentido que conforme a una lectura de unidad de la Constitución, se impone como menester conjugar las diversas atribuciones otorgadas a los órganos constitucionales; y, en ello, qué duda cabe es el propio Tribunal Constitucional quien tiene que definir el ámbito de sus propias competencias y atribuciones.

Este Tribunal, por ello, debe destacar su labor de pacificación, pues le compete solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y su labor de ordenación, en la medida que sus decisiones tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante; en este sentido es que este Colegiado, sin transgredir las competencias que le atribuye por la Constitución y desarrolladas por el Código Procesal Constitucional y por su Ley Orgánica, debe procurar la solución de los conflictos y propugnar el adecuado balance de los poderes de manera que sus precedentes y sus juicios de constitucionalidad encuentren real eficacia, lo que, sin duda, contribuirá a que la participación de los demás poderes del Estado en el ordenamiento social se realice sin el sometimiento absoluto de un poder respecto de otro, todo ello en la búsqueda de la paz social. Por ello, soy de la opinión que se deben efectuar las modificaciones constitucionales y legales dirigidas a consolidar el *stare decisis* y la cosa juzgada constitucional lo que permitirá que el Tribunal Constitucional sea efectivamente competente para conocer en consulta del ejercicio del control difuso llevado a cabo por el Poder Judicial en los procesos constitucionales; es en esta línea que, a partir de una lectura de unidad de la Constitución, este Colegiado ha optado por declarar, en primer lugar, nulas las sentencias dictadas en abierta contravención de las sentencias del Tribunal Constitucional (0009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC) siendo estos precedentes de obligatorio cumplimiento por lo que, aunque puedan

generar controversia los fundamentos esgrimidos en el punto 8 de la sentencia de autos, estos tienen eficacia tanto vertical como horizontal y es este sentido que los reitero, del mismo modo en que debieron ser de observancia por los jueces del poder judicial; y en segundo lugar ha dejado en manos de la Corte Suprema la decisión final y responsable sobre aquellas causas resueltas antes del dictado de las sentencias aludidas

SR. BARDELLI LARTIRIGOYEN

**EXP. N.º 03908-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
PROYECTO ESPECIAL DE
INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE NACIONAL
(PROVIAS NACIONAL)**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, que se acompañan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional) contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 49 del cuaderno de apelación, su fecha 23 de noviembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, solicitando que se declare nula y se suspenda los efectos de la Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional y ordenó que lo reponga en su puesto de trabajo.

Sostiene que la resolución cuestionada vulnera sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y de defensa, debido a que la sentencia de la Sala emplazada omite fundamentar por qué se aparta del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC, que señala que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo, y no el proceso de amparo. Agrega que al haberse resuelto la pretensión de reposición de don Jesús Ponce Failoc en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, la sentencia de la Sala emplazada ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC y la sentencia de la Segunda Sala Laboral dictada en el Exp. 1853-2004-BE(S), que dispuso que don Jesús Ponce Failoc hiciera valer su derecho en la vía correspondiente.

La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con fecha 10 de julio de 2006, declara improcedente la demanda, por considerar que la sentencia emitida en el primer proceso de amparo ha sido emanada dentro de un proceso regular.

La Sala superior revisora confirma la apelada, por estimar que el precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC permite que se pueda

acudir al proceso de amparo cuando se demuestre la falta de idoneidad del proceso contencioso administrativo o la urgencia del caso.

FUNDAMENTOS

§.1. Delimitación del petitorio y las materias a tratar

1. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de:
 - a. La Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, en la que se declara fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provías Nacional, y se ordena que cumpla con reponerlo en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría.
2. En su demanda, Provías Nacional alega que la sentencia cuestionada ha vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que:

“(…) SE APARTA DE PRECEDENTE VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 28.11.2005 DEL CASO DE CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES, CONTRA LA E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., Y OTRO, SOBRE ACCIÓN DE AMPARO, Expte. N° 0206-2005-PA/TC (…)[sic].
3. Así visto, en el presente caso se tiene un proceso de “amparo contra amparo” donde, además, existe una estimación total de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si la demanda cumple los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo” expuestos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC. de ser así, habrá de analizarse, si la sentencia cuestionada contraviene el precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC.
4. Previamente, este Tribunal Constitucional considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, evaluar si las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC cumplen, o no, los presupuestos para dictar un precedente previstos en la STC 0024-2003-AI/TC, y reiterados en la STC 03741-2004-PA/TC.

§.2. Las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente y los presupuestos previstos en la STC 0024-2003-AI/TC

5. De acuerdo con la STC 0024-2003-AI/TC, los cinco presupuestos básicos que deben observar las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo para la aprobación de un precedente vinculante, son:
 - a. La existencia de interpretaciones contradictorias.
 - b. La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.
 - c. La necesidad de llenar un vacío legislativo.
 - d. La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.

- e La necesidad de cambiar un precedente vinculante.
6. Teniendo en cuenta que los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante pueden ser cumplidos de manera alternativa, este Tribunal Constitucional constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante, por las siguientes razones:
- a. En la *praxis* judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución, ni del artículo 18.º del Código Procesal Constitucional, pues de manera clara y legítima el constituyente y el legislador determinaron que la expresión “resoluciones denegatorias” hace referencia a las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda sea de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento. Por ello, la interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional sólo conoce las resoluciones denegatorias de segundo grado.
- b. Asimismo, tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, pues en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC nunca se señala ello. Además, en la *praxis* del Tribunal Constitucional tampoco se ha constatado algún caso en que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad y que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión “resoluciones denegatorias”.
- Prueba de ello es que en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC no se menciona ni a modo de ejemplo un caso en que se haga evidente que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión “resoluciones denegatorias”.
- c. Tampoco existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un recurso de agravio constitucional. Ello quiere decir que un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución, pues ésta únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206º. Además, de acuerdo al principio de interpretación conforme a la Constitución, el recurso de agravio constitucional sólo procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado y no contra resoluciones estimatorias de segundo grado, pues para éste supuesto procede en todo caso el inicio de un nuevo proceso constitucional.
- d. No se constata tampoco interpretaciones diversas del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución o del artículo 18.º del Código Procesal Constitucional. Muy por el contrario, lo que se advierte es que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC ha sido concebido en abierta contradicción con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y los presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC.

- e. Y, por último, el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente.

7. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que “la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones”, pues “el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos”.

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias” para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado. Además, debe resaltarse que la expresión “resoluciones denegatorias” había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución como en el artículo 18.º del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión “resoluciones denegatorias”, al señalarse que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento procede el recurso de agravio constitucional.

8. Por estas razones, el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, decide dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC. Por tanto, cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional, pues el constituyente en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución y el legislador en el artículo 18.º del Código Procesal Constitucional han precisado que la expresión “resoluciones denegatorias” sólo comprende las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y que por ende, solo contra ellas procede el recurso de agravio constitucional, mas no contra resoluciones estimatorias de segundo grado.

9. En este orden de ideas, también debe señalarse qué sucederá con aquellos recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que se encuentren en trámite y han sido concedidos por el Poder Judicial, así como con el cómputo del plazo de prescripción para interponer un “amparo contra amparo”, un “amparo contra hábeas corpus”, un “amparo contra hábeas data”, o un “amparo contra cumplimiento”. En este sentido, es oportuno precisar las siguientes reglas procesales a seguir:

- a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
- b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.
- c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.

§.3. Análisis de la controversia

10. Como se ha señalado en los fundamentos precedentes, este Tribunal en la STC 4853-2004-PA/TC ha establecido cuáles son las nuevas reglas que el juez constitucional debe observar para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”. En este sentido, corresponde determinar si se está ante una *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, atendiendo a que la ahora entidad demandante aduce que ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC, que establece que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo.
11. Con relación a ello, debe señalarse que la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc fue presentada con fecha 29 de marzo de 2005, mientras que conforme al propio precedente que se invoca, éste entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, lo que ocurrió con fecha 22 de diciembre de 2005.
12. Siendo esto así, resulta de aplicación al presente caso la regla procesal establecida en calidad de precedente vinculante en la STC 3771-2004-HC/TC, conforme a la cual las normas procesales tienen aplicación inmediata siempre que de su aplicación no se desprenda una mayor restricción o menoscabo a los derechos en cuestión. En tal sentido este Colegiado estableció, con relación a la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que establece la aplicación inmediata de las disposiciones del proceso constitucional incluso a situaciones en trámite, que “(...) *que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto*”.
13. Siguiendo dicho razonamiento, los precedentes vinculantes que consagra este Tribunal, en cuanto establecen reglas procesales para la admisión o rechazo de pretensiones, deben aplicarse incluso a procesos en trámite, siempre que de su aplicación no se desprenda algún menoscabo a la tutela judicial efectiva o al derecho de acceso a los órganos de la justicia constitucional.

14. Debe tenerse en cuenta además que en el caso de autos las instancias judiciales, al estimar la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc, determinaron, sin que ello haya sido desvirtuado por la parte recurrente; a) que el referido trabajador había prestado servicios en calidad de servidor público en forma continua, bajo dependencia y siguiendo un horario de trabajo y bajo el régimen laboral de la actividad pública, por un periodo de 3 años y 8 meses; b) que resultaba de aplicación al caso, la protección que le otorga el artículo 1º de la ley N° 24041; c) que en consecuencia, no podía ser despedido sino con causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en la ley; d) que al haberse procedido a despedirlo de manera unilateral, se han violado los derechos del referido trabajador a la debida protección contra el despido arbitrario, así como sus derechos al trabajo y al debido proceso, por lo que ordenaron su reposición.
15. En consecuencia, este Tribunal concluye que en el caso de autos, no sólo no se ha podido acreditar ninguna violación de los derechos que invoca el recurrente, sino que además la interposición de un nuevo proceso de amparo para desacatar una sentencia estimatoria que ordenó la reposición de un trabajador arbitrariamente despedido de su puesto de trabajo, constituye un claro intento por desatender los mandatos judiciales que se dictan en defensa de los derechos fundamentales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.
3. **ESTABLECER** las siguientes reglas procesales:
 - a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
 - b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.
 - c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.
4. Remitir copia de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a la Presidencia del Poder Judicial, a efectos de que se adopten las medidas necesarias

para su fiel cumplimiento.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 03908-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
PROYECTO ESPECIAL DE
INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL
(PROVIAS)**

**VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS
LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS**

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no concordamos con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría, referidos al cambio del precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC.

1. La sentencia en mayoría (FJ 4) considera pertinente, antes de ingresar al fondo de la controversia, verificar si el precedente vinculante establecido mediante el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC, se dictó cumpliendo los presupuestos para dictar un precedente “establecidos” en la STC 0024-2003-AI/TC y “reiterados” en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC. Según la mayoría, para que se establezca un precedente vinculante debe cumplirse los siguientes presupuestos:
 - a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
 - b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
 - c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
 - d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
 - e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.
2. Consideramos que lo primero que debe determinarse es si estos “presupuestos”, en realidad, se constituyen como tales. Al respecto, es lugar común distinguir, en una sentencia constitucional, los argumentos que tienen la calidad de *obiter dicta*, de aquellos que en estricto son *ratio decidendi*, además del *decisum*. En la jurisprudencia de este Colegiado, además, reiteradamente se ha sostenido que lo que vincula es tanto la *ratio decidendi* como el *decisum*. Ahora bien, a nuestro juicio, los presupuestos, antes mencionados, de la STC 0024-2003-AI/TC no constituyen *ratio decidendi*, sino *obiter dicta*.
3. Un criterio válido para distinguir entre los argumentos que constituyen *obiter dicta* y *ratio decidendi* es verificar si, al omitirse determinados argumentos, se altera la coherencia interna de la sentencia y, por ende, inclusive el sentido del *decisum*. Si ello sucede, los argumentos omitidos constituyen *ratio decidendi*. Por el contrario, si la omisión no afecta a la sentencia en su fortaleza argumentativa y, pese a la omisión de algunos argumentos, el fallo permanece inalterable, estaremos ante argumentos de carácter *obiter dicta*. Aplicando este criterio, debe determinarse el carácter de los argumentos de la STC 0024-2003-AI/TC

(referido a un tema de demarcación territorial), en los cuales supuestamente se recogen los presupuestos vinculantes para el establecimiento de un precedente vinculante.

4. Si se analiza detenidamente esta sentencia es fácil apreciar que todos los considerandos expresados antes del fundamento 1 constituyen indudablemente *obiter dicta*. Ello por cuanto si se prescinde de todas las consideraciones anteriores y se analiza estrictamente la resolución de dicho proceso, únicamente con los argumentos esgrimidos en los fundamentos 1 a 7, la coherencia interna de la sentencia y el sentido del fallo no se alteran en absoluto. Más aún, si se aprecia que la cuestión de fondo resuelta a través de la STC 0024-2003-AI/TC no guarda, para nada, relación con las reglas a seguir para establecer un precedente vinculante, sino más bien con un proceso de inconstitucionalidad relacionado con la determinación de si el Poder Ejecutivo tenía la atribución o no de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar la misma.
5. En ese sentido, los “presupuestos” supuestamente de ineludible cumplimiento para el establecimiento de un precedente carecen de esa naturaleza y no pueden ser, por tanto, criterio ni justificación válida para intentar dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC. La claridad con que se concluye esto, nos releva de esgrimir mayores argumentos sobre los fundamentos 5 y 6 de la sentencia en mayoría, que por cierto son deleznable en su fortaleza argumentativa.
6. De otro lado, en la sentencia de mayoría (fundamento 7) también se señala que en el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC, que supuestamente dice: “la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos”.
7. Para determinar el sentido exacto del fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC y evitar caer en una tergiversación de lo señalado en este fundamento, consideramos que es pertinente citar el fundamento completo:

“En segundo lugar, como lo ha señalado **la tradición del Common Law**, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el

mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho”.

8. A lo que el Tribunal Constitucional se refiere en este fundamento y en otros anteriores (*cfr.* por ejemplo el fundamento 44) es dar cuenta del tratamiento que se le da en el *Common Law* a la figura del precedente, tal como se aprecia de una lectura atenta y libre de tergiversaciones del texto completo del fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC. Así, llama la atención que, no obstante la mayoría ser críticos de las referencias al Derecho constitucional comparado, en la sentencia de la mayoría se acepte ahora, como *ratio decidendi* y sin reparos, las consideraciones vertidas sobre el precedente por la “doctrina foránea”. Al margen de ello, veamos si tal como se concluye en la sentencia de la mayoría el Tribunal Constitucional impuso una determinada posición doctrinaria. Desde nuestro punto de vista este argumento no sólo es falaz sino también absurdo y carente de racionalidad.
9. Es falaz porque ningún Tribunal Constitucional del mundo ha desarrollado sus tendencias jurisprudenciales encapsulados en sí mismos y al margen del desarrollo dogmático de las instituciones del Derecho constitucional. Tan es así que la misma idea de que debía existir un Tribunal Constitucional como órgano supremo de control constitucional provino de la mejor doctrina iuspublicista europea (Hans Kelsen) y recogida primigeniamente, entre nosotros, en la Constitución de 1979. Además, la afirmación de la mayoría carece de racionalidad porque el Tribunal Constitucional no impone posición doctrinaria alguna (la mayoría no precisa qué posición doctrinaria es la que supuestamente se ha impuesto), sino que opta inevitablemente interpretando la Constitución y argumentando sus decisiones. Si ello fuese como afirma la mayoría, también tendría que concluirse que el Tribunal ha impuesto autoritariamente la propia institución del cambio del precedente, o de la doctrina de la interdicción de la arbitrariedad, del deber de protección del Estado de los derechos fundamentales, del contenido esencial de los derechos fundamentales, o del principio de proporcionalidad, o del principio de concordancia práctica, sólo para poner algunos ejemplos.
10. El Tribunal Constitucional, como es evidente pues, no puede construir y desarrollar su jurisprudencia sin conocer la dogmática constitucional nacional y comparada, porque entre la jurisdicción constitucional y el Derecho constitucional existe (y debe existir) un diálogo permanente. Las recientes publicaciones de algunos autores extranjeros realizados por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional constituyen el mejor reflejo de lo afirmado. De ahí que pretender dejar sin efecto el fundamento 40 del precedente de la STC 04853-2004-AA/TC porque supuestamente se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC no resiste el mayor análisis y, por ende, no puede ser un argumento válido para que dicho precedente se deje sin efecto.
11. Asimismo, en la sentencia de la mayoría (fundamento 8) se concluye que las sentencias estimatorias de segundo grado que vulneran un precedente vinculante pueden cuestionarse a través de un nuevo proceso constitucional y no mediante la interposición del recurso de agravio constitucional previsto en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional. La Constitución no puede ser interpretada aplicando únicamente el método literal; si así fuera el Tribunal Constitucional no debe realizar un control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones ni las del Consejo Nacional de Magistratura porque el texto literal del artículo 142º de la Constitución “lo prohíbe”.

12. Establecer que para cuestionar una sentencia estimatoria que viola un precedente constitucional se debe recurrir a un nuevo proceso constitucional resulta violatorio del principio de economía procesal e incurre en un formalismo desproporcionado en detrimento de quien se ve afectado por una sentencia estimatoria que viola la Constitución a través de un precedente constitucional. Se permite, pues la violación de la supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51º) y de la interpretación suprema del Tribunal Constitucional (artículo 1º, LOTC). En ese sentido, la antinomia de una *norma-regla* (“Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. [c]onocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”, artículo 202º.2) con una *norma de principio* (“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”, artículo 51º), no puede ser resuelta a favor de una norma que, en su aplicación, supone el fraude a la Constitución y el abuso del derecho (artículo 103º); por cuanto recurriendo al texto literal del artículo 202º.2 se va en contra de la supremacía constitucional que el fundamento 40 del precedente de la STC 04853-2004-AA/TC protege.
13. Por todo ello, no debe perderse de vista que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por un principio de prevención de sus fallos, no puede estar desvinculado de la realidad a la cual se proyecta. En ese sentido, el fundamento 40 del precedente constitucional de la STC 04853-2004-AA/TC se estableció, siempre a partir de la interpretación de la Constitución (artículo 202º.2), en un contexto en el cual muchas resoluciones de amparo y medidas cautelares dictadas en el seno de este proceso, a pesar de ser estimatorias, resultaban siendo violatorias de los valores materiales que la Constitución consagra expresa o tácitamente. Sobre todo, debido a la inconstitucional e ilegal obtención de resoluciones de amparo y medidas cautelares favorables a algunas empresas dedicadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.
14. Por todo lo señalado, al haberse demostrado que los “presupuestos” establecidos para dictar un precedente en la STC 0024-2003-AI/TC no constituyen *ratio decidendi* y no habiéndose omitido lo señalado en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC, el pretendido cambio del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC deviene en ilegítimo; en consecuencia, dicho precedente vinculante debe seguir aplicándose al permanecer plenamente vigente,.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 30 de marzo de 2010 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, interpone demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial, con el objeto de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de las siguientes resoluciones judiciales: a) Resolución N.º 11, de fecha 12 de enero de 2010, emitida por la Sala Civil de Tacna, recaída en el Exp. N.º 00961-2009-44-2301-JR-CI-01, seguida por Kanagawa Corporation contra la SUNAT y otros; b) Resolución N.º 11, de fecha 8 de junio de 2007, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0109-68-1807-JM-CI-01, seguida por Importaciones y Servicios Barrera S. A. contra el MTC y otros; c) Resolución S/N, de fecha 03 de junio de 2009, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0170-53-1807-JM-CI-01, seguida por Transporte Vicente Eusebio Andrea SAC contra el MTC y otros; y, d) Resolución N.º 9, de fecha 18 de enero de 2010, emitida por el Segundo Juzgado Civil del Callao, recaída en el Exp. N.º 2009-02282-1-0701-JR-CI-02, seguida por Autopartes Diesel Álvarez EIRL contra la SUNAT y otro.

Afirma el demandante que una debida interpretación del artículo 18º, incisos 1), 3), 8) y 9), de la Constitución, y del artículo 4º 1 de la Ley N.º 29158 —Ley Orgánica del Poder Ejecutivo—, es aquella que establece que el diseño y la supervisión de las políticas nacionales y sectoriales es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, la que permite concluir que la regulación relativa al ingreso de vehículos usados al país es una competencia exclusiva del Ejecutivo, y que ha sido menoscabada por el Poder Judicial al emitir las referidas resoluciones judiciales, a través de las cuales ha inaplicado normas jurídicas imperativas que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, supliendo así los actos administrativos y de gobierno emitidos por el Poder Ejecutivo.

Señala el recurrente que las normas inaplicadas constituyen una herramienta de su política sectorial destinada a velar por la salud pública, priorizar el cuidado del medio ambiente, garantizar la seguridad de los usuarios, mejorar la calidad de los vehículos usados importados y lograr el cambio de la matriz energética que contribuya al ahorro de combustible, permitiendo el ingreso de vehículos automotores con un menor desgaste y, por ende, en mejores condiciones de mantenimiento.

Refiere que si el Poder Ejecutivo goza de las competencias para cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados y las leyes, de dirigir la política general de gobierno, y de hacer cumplir las resoluciones jurisdiccionales, resulta que dichas competencias se han visto afectadas por la forma en que el Poder Judicial viene ejerciendo su competencia constitucional de administrar justicia. Sostiene que pese a no existir disputa sobre la titularidad de las competencias en mención, en los hechos se viene emitiendo una serie de resoluciones jurisdiccionales que enervan la exclusividad competencial que el bloque de constitucionalidad confiere al Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para el ingreso de vehículos usados al país. En tal sentido, manifiesta que dentro de la esfera de sus competencias, el Poder Judicial ha impedido al Poder Ejecutivo desarrollar la actividad reguladora que le compete, por lo que se ha configurado un conflicto competencial por menoscabo en sentido estricto.

Contestación de la demanda

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente. Sostiene que la emisión de resoluciones jurisdiccionales estimatorias no implica que el Poder Judicial esté afectando atribuciones del Poder Ejecutivo, pues los jueces emiten sus sentencias en el marco de sus funciones jurisdiccionales y bajo los principios de independencia y autonomía, a lo que se suma la atribución de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas. Afirma que, en todo caso, si alguna de las partes se encuentra disconforme con el contenido de dichas resoluciones, cabe la interposición de los recursos impugnatorios que la ley franquea, o, en su caso, la presentación contra ellas de las demandas de amparo respectivas.

Aduce que ambos poderes del Estado, tanto el Ejecutivo como el Judicial, han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales, por lo que no se evidencia forma alguna de menoscabo en el ejercicio de dichas atribuciones.

Manifiesta que en el presente caso no se evidencia que los jueces hayan inobservado precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional, por lo que la pretensión del demandante se reduce a la búsqueda de dejar sin efecto resoluciones que han alcanzado la calidad de cosa juzgada, protegida por el artículo 139º 2 de la Constitución.

III. MATERIA CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

En el caso estriba en determinar si el Poder Judicial, al expedir resoluciones judiciales que inaplican normas legales por considerar que violan derechos fundamentales, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El demandante ha interpuesto demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial con el objeto de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de determinadas resoluciones judiciales que, inaplicando normas emitidas por el Ejecutivo, han permitido la importación de vehículos y autopartes que no cumplen con las condiciones legalmente previstas.

§2. Tipos de conflicto competencial

2. Conforme establece el artículo 110º del Código Procesal Constitucional (CPCo.), el conflicto competencial “se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para

participar en el proceso] adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”.

El conflicto competencial, típicamente, se genera cuando más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución (conflicto positivo), o cuando, en contraposición a ello, más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal (conflicto negativo). Pero no son estos los únicos supuestos que pueden desencadenar un conflicto competencial susceptible de ser dirimido por este Tribunal, pues también cabe que se susciten los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio*.

En palabras de este Colegiado, “si bien es cierto que los ‘típicos’ conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110º del CPConst. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehuye deliberadamente actuaciones ‘afectando’ las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión [de] cumplimiento de acto obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las ‘afecta’. No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro” [Cfr. STC 0005-2005-CC, fundamento 23].

3. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, el cual ha clasificado en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que se produce cuando los órganos constitucionales tienen entrelazadas sus competencias en un nivel tal que uno o ninguno de ellos puede ejercer debidamente sus competencias sin la cooperación del otro; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión, producido cuando un órgano constitucional, al omitir el ejercicio de una competencia, afecta la posibilidad de que otro ejerza debidamente las suyas [Cfr. STC 0006-2006-CC, fundamentos 19 a 23].
4. Ahora bien, vistas con detenimiento las cosas, cabe precisar que los denominados *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* y *conflicto constitucional por menoscabo de omisión* representan dos supuestos de conflicto sustancialmente idénticos, por lo que no existe mérito constitucional para diferenciarlos. Así, por ejemplo, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros desconoció su deber de solicitar previamente opinión al Banco Central de Reserva para la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, omitió un acto de cumplimiento obligatorio —es decir, omitió ejercer una competencia reglada— afectando la posibilidad de que otro órgano constitucional —a saber, el Banco Central de Reserva— ejerciera debidamente sus competencias [Cfr. STC 0005-2005-CC].

En estricto pues, no siendo el *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* nada distinto al *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, y tomando en cuenta que todo conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales implica la adopción de una conducta (acto u omisión) por parte de un órgano constitucional que “afecta” el ejercicio adecuado de las competencias de otro, puede sostenerse que este último tipo de conflicto (el conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales) —así como los conflictos positivos y negativos— también se encuentra previsto en el artículo 110º del CPCo., en tanto que, como quedó

expuesto, el precepto reza que el conflicto competencial se produce “cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, *afectando* competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro” (subrayado agregado).

§3. Vicio competencial de los actos estatales y delimitación del objeto de control en los procesos competenciales

5. El proceso competencial no es un proceso abstracto. Su objeto no es determinar la titularidad de una competencia o atribución con prescindencia de la existencia de una conducta (un acto o una omisión) que en concreto sea el elemento desencadenante del conflicto interórganos. Por ello, el artículo 113º del CPCo., establece que la sentencia emitida en el proceso competencial “[d]etermina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas”.
6. Para que resulte procedente el control constitucional de un acto de un órgano constitucional en el marco de un proceso por conflicto de competencias o atribuciones, el vicio que en él anida debe ser de carácter competencial, es decir, debe conllevar la afectación de las competencias o atribuciones constitucionales de otro órgano constitucional, sea porque es representativo de una subrogación inconstitucional en el ejercicio de dichas competencias, sea porque llanamente impide o dificulta irrazonablemente su ejecución.
7. Si la afectación de una competencia es la característica *sine qua non* del vicio competencial que puede aquejar a un acto de poder, entender cabalmente cuándo se produce dicha afectación requiere introducirse en el concepto de competencia.

Con relación a ello, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que “[l]a competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal” [Cfr. RTC 0013-2003-CC, considerando 10.5.]. Dicho poder se manifiesta en el ejercicio de alguna función estatal, sea ésta normar, llevar a cabo o ejecutar un acto administrativo, dirimir conflictos o incertidumbres jurídicas, o controlar. En tal sentido, el vicio competencial susceptible de ser conocido en un proceso competencial se presenta cuando un órgano constitucional se subroga inconstitucionalmente o afecta a otro en el ejercicio de alguna de estas funciones.

8. Ahora bien, afectar el ejercicio de dichas funciones es algo distinto a controlar su validez sustantiva. Lo primero incide en el ejercicio de la competencia, lo segundo incide en el contenido sustantivo del acto a través del cual se manifiesta. Una mirada detenida en los tipos de invalidez en los que pueden incurrir los actos estatales en el marco de un Estado Constitucional, permitirá clarificar este punto.
9. En el ámbito de un Estado Constitucional, para que un acto sea válido, debe cumplir, esencialmente, con tres condiciones formales y con una condición sustantiva. Las condiciones formales son: a) haber sido emitido por el órgano competente (condición de competencia formal); b) haberse circunscrito al ámbito material predeterminado por el sistema jurídico (condición de competencia material); y, c) haberse observado el procedimiento preestablecido para su dictado (condición de procedimiento). La condición sustantiva es que el contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite), resulte conforme con los derechos, valores y principios sustantivos reconocidos en la Constitución. De ello resulta que un acto puede ser válido desde un punto de vista formal e inválido desde un punto de vista sustantivo, o a la

inversa.

Es evidente que las condiciones de competencia formal y las condiciones de competencia material de validez de los actos son, en cierto modo, “dos caras de la misma moneda”: si un acto incurre en un vicio de competencia formal, es porque no debió ser dictado por un concreto órgano, y ello determina que este órgano haya incurrido en un vicio de competencia material al haberse ocupado de una materia reservada a otro.

10. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y lo previsto en el artículo 110º del CPCo, puede concluirse que, tratándose de actos de los órganos constitucionales, el proceso competencial tiene como condición necesaria de procedencia la existencia de un vicio competencial en dichos actos, es decir, vinculado con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, al tiempo que puede controlarse que no se afecte la ejecución de actos por parte de otros órganos constitucionales en el marco de sus competencias constitucionales formales y materiales.

Ello, desde luego, no impide que adicionalmente pueda emitirse algún juicio contingente relacionado con la validez formal procedimental o con la validez sustancial del acto controlado. Empero, es su vicio competencial de validez, entendido en los términos antes expuestos, el requisito determinante para la procedencia del proceso competencial.

11. Ciertamente es que, en última instancia, desde un punto de vista teórico, todo problema de validez jurídica puede ser reconducido a criterios formales, dejando de lado los criterios sustantivos. Así, por ejemplo, podría afirmarse que una ley ordinaria dictada por el Congreso que viola un derecho fundamental, en definitiva instancia, incurre en un vicio de competencia y no sustantivo, pues no se hablaría de violación, sino de mera modificación o derogación en caso de que la norma hubiese sido dictada por el poder de reforma constitucional conforme al procedimiento preestablecido.

No obstante, esta visión es ajena a la perspectiva de un Estado Constitucional, que cuenta entre sus rasgos esenciales no solo con el reconocimiento al más alto nivel normativo de unos derechos fundamentales cuyo contenido determina la validez sustantiva de toda norma o acto, sino además con el reconocimiento —tal como sucede en el sistema peruano— de que el contenido esencial de dichos derechos fundamentales actúa como límite sustantivo de validez de los actos del propio poder de reforma constitucional [Cfr. STC 0050-2004-PI / 0051-2004-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI, fundamentos 36 a 39].

12. Pero ello es una cosa, y otra, muy distinta, concluir que la violación del contenido sustantivo de la Constitución (los derechos, valores o principios reconocidos por ella), por parte de un acto estatal que cumple con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, pueda ser controlada a través de un proceso competencial. Ello supondría desnaturalizar la naturaleza y finalidad del proceso, previa desvirtuación del tipo de vicio que puede dar mérito a su conocimiento, a saber, el vicio competencial.

Desde luego, con lo dicho no pretende sostenerse que los vicios de validez sustantiva en los que puedan incurrir los actos de poder no puedan ser controlados por la jurisdicción constitucional. Tan solo se sostiene que dicho control, dada la naturaleza y finalidad del proceso competencial, no puede manifestarse en su seno (cuando menos no como núcleo del análisis), debiendo ventilarse en el marco de los procesos constitucionales de control de actos (amparo, hábeas corpus y hábeas data).

§4. Apartamiento del criterio establecido en la STC 0006-2006-CC

13. Fue una visión excesivamente amplia del tipo de vicio de validez que puede ser conocido en un proceso competencial, la que llevó a este Tribunal, a través de la STC 0006-2006-CC, a

conocer el fondo de la demanda de conflicto de atribuciones planteada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo —en representación del Presidente de la República— contra el Poder Judicial. En ese caso, el Tribunal Constitucional estimó la demanda competencial al considerar que el Poder Judicial, al expedir una serie de sentencias estimatorias en procesos de amparo y de cumplimiento, había menoscabado las atribuciones del Poder Ejecutivo al ejercer el control constitucional de normas emitidas por este Poder del Estado. Las sentencias expedidas por el Poder Judicial habían inaplicado normas del Ejecutivo, interpretando determinadas normas sustantivas de la Constitución en contraposición a la interpretación que de tales normas había realizado el Tribunal Constitucional, esto es, apartándose del mandato previsto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPCo.

14. Como se aprecia, fue la existencia de un vicio de validez sustantivo y no competencial —en los términos antes expuestos— el que llevó a este Colegiado a estimar dicha demanda. No obstante, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial. Por ello, en lo que a esta cuestión respecta, este Colegiado se aparta del criterio sostenido en la STC 0006-2006-CC.

§5. Análisis del caso concreto

15. El demandante se ha fundamentado en los criterios sostenidos en la STC 0006-2006-CC para presentar la demanda de autos. En efecto, solicita a este Tribunal que declare la inconstitucionalidad de determinadas resoluciones judiciales emitidas por el Poder Judicial, en razón de que a través de ellas se ha controlado la constitucionalidad de una serie de normas expedidas por el Ejecutivo que establecían las condiciones para la importación de autos usados o se ha exigido la ejecución de previas resoluciones judiciales que habían efectuado dicho control. Considera el demandante que con dicha conducta el Poder Judicial ha menoscabado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de regulación de las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados.

16. De esta manera, el vicio de validez que se acusa en dichas resoluciones jurisdiccionales es de carácter sustantivo y no competencial, pues no solo resulta que el Poder Judicial es competente formal y materialmente para expedir resoluciones judiciales y para controlar a través de ellas la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo, sino que al hacerlo no ha desconocido o afectado la competencia formal y material del Poder Ejecutivo para regular las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados. El Poder Judicial se ha limitado a controlar el contenido sustantivo de dicha regulación y a analizar si los decretos expedidos cumplían con las condiciones endógenas y exógenas exigidas por la Constitución para su dictado.

Asunto distinto es analizar si dicho control sustantivo se ha realizado o no conforme a la Norma Fundamental y a las interpretaciones que de ella realiza este Colegiado a través de su jurisprudencia. Pero el control constitucional respectivo contra dichas resoluciones judiciales debe ejercerse a través de los medios impugnatorios respectivos, o, en su caso, a través de la presentación de una demanda de amparo, en los términos desarrollados por el este Tribunal en la STC 04853-2004-PA/TC, fundamentos 6 a 21.

17. Cabe precisar que lo expuesto no implica que en el marco de un proceso competencial sea inviable la posibilidad de controlar la validez constitucional de una resolución judicial expedida por el Poder Judicial por menoscabar las competencias de otro órgano constitucional. No obstante, para que ello sea posible, dicha resolución debe de adolecer de un vicio competencial, es decir, debe haber afectado la competencia de otro órgano constitucional y no haberse limitado a controlar la validez sustantiva o procedimental del acto a través del cual se ha manifestado. Así, por ejemplo, si a través de una resolución judicial se desconociese la

atribución del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes (artículo 118° 8 de la Constitución), se estaría menoscabando dicha atribución, sin perjuicio de que quepa controlar jurisdiccionalmente la validez sustantiva y procedimental del acto de reglamentación, pues ésta es, justamente, una competencia constitucional del Poder Judicial.

18. Ahora bien, es verdad que considerando que el demandante se ha sustentado en los criterios de la STC 0006-2006-CC, este Tribunal podría considerar la aplicación de un cambio de criterio prospectivo (*prospective overruling*) que no afecte la procedencia de la demanda de autos. Es decir, podría optar por aplicar por última ocasión los criterios expuestos en aquella sentencia e ingresar al fondo del asunto, anunciando la aplicación futura de los criterios de procedencia desarrollados en esta sentencia. Por lo demás, ello permitiría proteger el derecho fundamental de acceso a la justicia del demandante y controlar constitucionalmente una serie de resoluciones judiciales que han violado el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, al permitir inconstitucionalmente la importación e ingreso al parque automotor de autos y autopartes usados que no cumplen con las condiciones constitucionalmente exigidas por la normativa dictada por el Poder Ejecutivo.

No obstante, existe una razón determinante que impulsa a este Tribunal a aplicar inmediatamente el nuevo criterio declarando la improcedencia de la demanda. Dicha razón consiste en que a través de la STC 5961-2009-PA/TC, este Colegiado ya se ha ocupado de esta problemática constitucional, en especial a través del precedente vinculante establecido en el tercer punto resolutivo. En efecto, a través de dicha sentencia, y en el marco de las condiciones en ella expuestas, se ha establecido que en forma excepcional el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene habilitado el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 44° del CPCo. para interponer la respectiva demanda de amparo contra la resolución judicial firme que haya inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

En definitiva, el cambio de criterio establecido en esta sentencia en modo alguno puede ser interpretado como una renuncia por parte de este Tribunal a su deber de valorar, pacificar y ordenar la problemática constitucional suscitada como consecuencia de la expedición de un número importante de resoluciones judiciales que han autorizado inconstitucionalmente la importación de autos y autopartes usados. Por el contrario, razón determinante para la aplicación inmediata del nuevo criterio adoptado en relación con la procedencia de las demandas de conflicto competencial, reside en el hecho de que el problema de fondo planteado ya ha sido abordado por el Tribunal Constitucional a través de la STC 05961-2009-PA/TC, la cual, como antes se ha dicho, tiene la calidad de precedente constitucional vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCo.

§5.1. Consecuencias del desacato del precedente de la STC 05961-2009-PA/TC

19. Si bien en los fundamentos que anteceden se ha precisado que el presente caso no será resuelto conforme a los criterios de la STC 0006-2006-CC, ello no es óbice para que este Tribunal precise las consecuencias jurídicas que generan la inobservancia, contravención o desacato de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.
20. Para determinar tales consecuencias jurídicas, es importante tener presente que en el considerando 8 de la RTC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal subrayó que “las reglas establecidas como precedente vinculante [sobre la importación de vehículos automotores y partes usadas] deb[ía]n ser acatadas y respetadas no sólo por los jueces, sino también por todos los poderes públicos”, es decir, que estos se encontraban impedidos de actuar en contra de las reglas establecidas como precedente vinculante.

21. Complementando ello, en la misma resolución este Tribunal precisó que dicha vinculación obligatoria e inexcusable se producía desde que el precedente vinculante de la STC 05961-2009-PA/TC había sido publicado en la página web, esto es, desde el 18 de junio de 2010.

Ello fue precisado en atención a que el precedente constitucional, por su fuerza vinculante, tiene efectos similares a una ley, esto es, que las reglas establecidas en él son de obligatorio e ineludible cumplimiento por todas las personas y entidades de la Administración Pública, sin importar si han sido parte o terceros en el proceso en que se emitió.

22. Por consiguiente, a partir del 18 de junio de 2010 ningún juez podía emitir alguna resolución judicial que resolviera inaplicar el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

Ello porque en las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC se determinó que, por la forma y por el fondo, el contenido normativo de los decretos mencionados era conforme con la Constitución, por lo que debía ser acatado, respetado y cumplido por todas las personas y entidades de la Administración Pública.

23. A pesar de que la constitucionalidad de los decretos mencionados fue confirmada y reafirmada por las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es de público conocimiento que, después de la publicación y difusión del precedente vinculante, algunos jueces han seguido emitiendo medidas cautelares en claro desacato y contravención a las reglas establecidas en él.

Dicha conclusión resulta inequívoca, debido a que en el tercer punto resolutivo de la STC 05961-2009-PA/TC este Tribunal estableció como precedente vinculante que “todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo”.

24. Por estas razones, esta actuación judicial de desacato por sí misma resulta inconstitucional, ya que después del 18 de junio de 2010 se han emitido sendas resoluciones judiciales que en forma manifiesta contravienen o inobservan las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, que deben ser respetadas, cumplidas y defendidas por todas las personas y entidades de la Administración Pública, especialmente por los jueces del Poder Judicial, ya que son ellos, en todos los procesos que conocen, los primeros que asumen el papel de garantes de la defensa del orden constitucional.

25. Consecuentemente este Tribunal considera que toda resolución judicial, sea una medida cautelar o una sentencia de primer o segundo grado, que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga, inobserve o se aparte de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es nula de pleno derecho por ser inconstitucional.

26. Por ello, debe establecerse que las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-

2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC. Ello porque dichas resoluciones judiciales son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.

27. Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante.

Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

28. De otra parte, este Tribunal considera importante destacar que todas las medidas cautelares que disponen la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 y que permiten la libre importación de vehículos automotores y partes usados, han sido dictadas en contravención del límite de irreversibilidad de las mismas previsto en el artículo 15º del CPCo, por cuanto los vehículos automotores y partes usados que ingresan al país y son entregados a los demandantes automáticamente ingresan al mercado para ser transferidos a terceros, tornando en imposible que nuevamente dichos bienes regresen a las Aduanas en caso de que la demanda sea desestimada en forma definitiva.

En estos casos, resulta de aplicación el artículo 16º del CPCo, cuyo texto prescribe que el “sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad”, y que de verificarse la misma, en “modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal”.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte, la demanda; en consecuencia, establecer conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas siguientes:
 - a. Las resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.

- b. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.
- c. Las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida a partir del 18 de junio de 2010 que inaplique el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.
- d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.
- e. Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**